SISTEMA

DEL

DIRITTO CIVILE ROMANO

SISTEMA

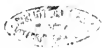
DEL

DIRITTO CIVILE ROMANO

per l'avvocato

NICOLA DE CRESCENZIO

Professore pareggiato nella Università di Napoli

SECONDA EDIZIONE RIVEDUTA ED AMPLIATA

VOLUME SECONDO

NAPOLI
Presso NICOLA JOVENE libraio-editore
Trinità Maggiore, 39.

1869

LIBRO IV.

Diritti di successione.

CAPITOLO I.

DELLA SUCCESSIONE IN GENERALE.

Donelli, commentarii iuris civilis, lib. VI-VIII. lib. IX. c. 1-4; — *Vasquius*, de successionibus et ult. volunt. Francof. 1677; — *Madihn*, principia iuris Rom. de success. s. iure hereditario edit. 2.ª, Francof. 1792; — *Lobethan*, teoria delle successioni, Halle 1779; — *Gans*, diritto di successione, Berlino 1824-25. 3. 4. vol. Stutgarda e Tubinga 1829-35; — *de Hartitzsch*, la successione per diritto romano ed odierno secondo *Haubold*, Lipsia 1827; — *Hunger*, il diritto di successione de' Romani, Erlangen, 1834; — *Mayer*, la teoria del diritto di successione secondo il diritto romano odierno, Berl. 1840; — *Lasalle*, Sistema dei diritti acquisiti, vol. 2., Essenza del diritto di successione romano e germanico nel suo svolgimento istorico-filosofico 1861; — *Vering*, diritto di successione de' romani nel suo svolgimento istorico e dommatico 1862.

§. 214.

I. Concetto e specie della successione.

Il complesso delle relazioni giuridiche che s'appuntano nella persona e sono da questa rappresentate, non cessa con la morte dell'uomo individuo: laonde come conseguenza della perennità del diritto la persona sopravvive all'uomo, e si trasmette a un successore. Il quale non fa sue le cose del morto come esistenze singolari, ma entra nell' universale patrimonio di quello, ne raccoglie tale quale lo stato giuridico, e confonde nella propria, perpetuandola, la persona che il defunto rappresentò. In ciò consiste la eredità propriamente detta, che può definirsi il diritto di rappresentare la persona di un defunto, ed entrare però nella universalità delle sue relazioni (a).

La successione che si effettua per mezzo della eredità è adunque una successione universale immediata; essa suppone la morte di un indivi-

(a) L. 62. de R. I. (50. 17.). *Iulian.* Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit. — L. 22. de usurp. (41. 3.).

duo (b) che sia capace di avere proprietà, quantunque nel fatto non abbia un patrimonio che realmente possa vantaggiare l'erede: l'insolvente in effetto ha pur egli una successione (c).

2) Allato alla successione propriamente detta vi è la successione per legato, la quale ha dalla prima la grande differenza, che l'erede rappresenta tutta la persona del defunto, ed il legatario non si congiunge a quest'ultimo, ma dipende esclusivamente dall'erede. Per la qual cosa il legato non costituisce il sistema della vera successione, ma lo suppone, e può chiamarsi successione mediata particolare.

3) In mezzo a questi due punti estremi si colloca una terza specie di successione che partecipa insieme dei caratteri delle due precedenti, questa è la *mortis causa donatio.* La donazione per causa di morte partecipa della eredità, poichè il donatario si congiunge al defunto, mentre dall'altra parte è una successione nelle singole cose come quella per legato; onde si potrebbe definire una successione immediata particolare.

4) Un'ultima specie di successione nacque dal SC. Trebelliano anche di un carattere medio, ma il rovescio di quello della *mortis causa donatio,* e fu la successione universale fidecommissaria, per mezzo della quale l'erede fidecommissario rappresenta la persona del defunto non immediatamente come nella eredità propriamente detta, ma mediante un'altra persona. Per la qual cosa questa specie di successione potrebbe essere detta successione mediata universale.

Da tutto ciò deriva che la sola eredità è il fondamento della successione.

§. 215.

II. Della eredità giacente.

Savigny, Sist. II. §. 102; — *Jhering*, teoria della eredità giacente v. dissertazioni di diritto romano num. 3.

Dallo stesso punto della morte la persona del defunto investe giuridicamente l'erede; ma poichè spesso dalla morte all'effettivo succedere dell'erede passa un tempo più o meno lungo, nel frattempo la persona del defunto rimane ne'beni stessi, da essere questi riguardati come una vera

(b) L. 1. de hered. vel act. vend. (18. 4.). — L. 27. de acqu. hered. (29. 2.). *Pompon.* Neminem pro herede gerere posse vivo eo, cuius in bonis gerendum sit.

(c) L. 3. pr. §. 1. de bon. poss. (37. 1.). *Ulp.* Bona autem hic, et plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt; universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco bona appellabuntur. — L. 119. L. 208. de V. S. (50. 16.).

persona giuridica (a) rappresentante il defunto (b). In questo modo la *hereditas* stessa vale come proprietaria delle cose ereditarie, e ne preserva le relazioni giuridiche (c). Per questa personificazione si possono acquistare novelle cose e novelli diritti (d), possono nascere obblighi novelli (e); quantunque non le si può attribuire una estesa idoneità giuridica conforme alle altre persone morali. Dal momento però che l' erede entra nella eredità, sparisce la persona fittizia, e la confusione tra il patrimonio dell' erede e quello del defunto si ricongiunge al tempo della morte senza farsi più caso dell' eredità giacente (f).

È superfluo ricordare, che durante la eredità giacente un curatore è nominato a rappresentarla.

ANNOTAZIONE

Qualche dubbio sebbene di poca importanza, nasce dal confrontare diversi passi, i quali delineano il carattere e la natura della eredità giacente. E di vero la legge 34. *de acq. rer. dom. not.* (b) a chiare parole stabilisce la persona giuridica della eredità giacente rappresentare il defunto: *hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.*

(a) L. 22. de fidei. et mandat. (46. 1.). *Florentin.* Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.

(b) §. 2. Inst. de her. inst. (2. 14.). — L. 31. §. 1. de hered. inst. (28. 5.). — L. 34. de acquir. rer. dom. (41. 1.). *Ulp.* Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est. — conf. L. 24. de nov. (46. 2.).

(c) L. 31. §. 1. de her. inst. (28. 5.). — L. 61. de acquir. rer. dom. (41. 1.). *Hermogen.* Hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur, ideoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur. In his sane, in quibus factum personae operaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest; ac propterea, quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen, quia adire iubentis domini persona desideratur, heres exspectandus est. §. 1. Ususfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur. — L. 1. §. 1. si is test. (47. 4.). — L. 15. pr. de interrog. (11. 1.).

(d) L. 20. §. 3. de her. pet. (5. 3.). *Ulp.* Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem; nam hereditas et augmentum recipit, et deminutionem. Sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere; si extrinsecus, non, quia personae possessoris accedunt. Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam, sive post aditam hereditatem accesserint. Sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.

(e) L. 13. §. 2. ad Leg. Aquil. (9. 2.). *Ulp.* Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, quum dominus nullus sit huius servi; et ait Celsus, legem domino damna salva esse voluisse; dominus ergo hereditas habebitur, quare adita hereditate heres poterit experiri. — L. 1. §. 6. de iniur. (47. 10.).

(f) L. 193. de R. I. *Cels.* Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continue sub tempus mortis heredes exstitissent.—L. 54. de acqu. v. omitt. hered. (29. 2.). *Florentin.* Heres quandoque hereditatem adeundo, iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur:—confr. anc. L. 28. §. 4. de stipul. servor. (45. 3.). — L. 138. pr. de R. I. — §. 2. Inst. de hered. inst. (2. 14.).—pr. Inst. de stipul. serv. (3. 17.). — L. 31. §. 1. de hered. inst. (28. 5.).

Dall' altro lato Gaio definisce così i beni della eredità giacente: *antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sint*, onde vien meno l'idea di persona nella eredità giacente (g).

Più spiccato è il contrapposto di altri testi i quali, benchè ammettino nella eredità giacente il carattere di persona morale, affermano rappresentare non la persona del defunto, sivvero quella dell'erede (h).

Finalmente in altri passi l'eredità giacente è perfettamente ignorata come se le leggi in generale mai avessero di ciò fatto parola; imperocchè in ogni caso il succedere dell'erede si ritiene dalla morte del testatore (i).

Queste contraddizioni sono apparenti, ed in fondo mostrano i quattro lati differenti della eredità giacente quale da noi si è riguardata. Pure affermando che la *hereditas iacens* sia da considerarsi come persona giuridica, abbiamo accennato nel medesimo tempo essere di un carattere alquanto differente dalle altre persone fittizie; ed in vero essa serve soltanto come mediatrice tra il defunto e l'erede in uno stato di passaggio, nel quale le cose appartengono alla eredità senza che questa abbia mai la minima facoltà di disporne: in questo modo si giustifica il concetto non appartenere le cose ereditarie che alla medesima eredità e non essere nella disposizione di nessuno. Inoltre essendo l'eredità giacente mediatrice tra il defunto e l'erede nasce di per sè che, se da un lato rappresenta la persona del defunto che si trasmette, dall'altro riguarda quella dell'erede che deve investirsene; onde Pomponio dicea che con la morte del promettente non estinguevasi la stipulazione, ma passava all'erede rappresentato dalla eredità. Nel nostro linguaggio possiamo dire che l'eredità giacente mantiene intatta la stipulazione per due ragioni: sia perchè rappresenta la persona del promittente o del defunto, sia perchè riguarda la persona avvenire del debitore reale qual'è l'erede; ed in vero l'eredità giacente, riguardata nella sua essenza, sta in quanto si suppone assolutamente un erede. Anche l'ultimo modo di considerare questa materia, ossia l'ignorare completamente la eredità giacente, come non ammessa in un sistema di leggi, è una conseguenza diretta del tempo in cui si riguarda la successione. E di vero dal punto dell'accettazione della eredità, o meglio da quello dell'esistenza dell'erede nella eredità, la *hereditas iacens* sparisce nel presente e nel passato, cessato com'è lo scopo della sua temporanea esistenza. Istituto determinato per sopperire alla mancanza di erede, l'eredità giacente si cancella quando l'erede esiste, e questi si ricongiunge al defunto dal punto della morte.

§. 216.

III. Della delazione e dell'acquisto della eredità.

I. Nella eredità son da distinguere due punti essenziali: la delazione, e l'acquisto. Quando si chiama altrui alla successione, sicchè egli acqui-

(g) L. 1. pr. de divis. rer. (1. 8.). *Gai*. Res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.—confr. L. 13. §. 2. ad leg. Aquil. (9. 2.).—L. 64. de hered. instit. (28. 5.). — L. 13. §. 5. quod vi (43. 24.). — L. 6. expil. hered. (47. 19.).

(h) L. 24. de novat. (46. 2.). *Pompon*. Hic enim morte promissoris non exstinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet.

(i) Ved. not. (f).

sta il diritto d'essere erede, l'eredità dicesi *delata;* per mezzo di questo atto l'erede ha diritto alla eredità, la quale non è pure da parte sua acquistata. Se poi l'erede accetta la eredità, di guisa che questa forma parte integrante del suo patrimonio, allora solamente la eredità è *acquisita* (a).

Si può essere chiamati alla eredità per un principio di diritto, ossia dalla legge stessa; in questo caso la eredità dicesi legittima; ovvero dal volere stesso del defunto per atto unilaterale di ultima sua volontà, ed in questo caso la eredità prende da quell' atto il nome di testamentaria.

Questi due modi di succedere sono esclusivi, l'uno entra in mancanza dell' altro, e solamente quando non vi è eredità testamentaria, ha luogo la eredità legittima (b). Pure non è del tutto impossibile che entrambi i modi di successione si uniscano in una sola persona; ma è sempre assolutamente impossibile che un patrimonio nel medesimo tempo si possa trasmettere parte con testamento o parte senza (c).

L'eredità testamentaria, purchè non dipenda da una condizione, è deferita al momento della morte del testatore; la legittima in vece suppone la mancanza del testamento.

Nessuno può ereditare per contratto; un simile atto, se mai esistesse, è considerato come turpe (d).

Esprimono i principii sopraddetti le seguenti massime:

1) *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.* Questa massima giuridica significa: dovere il testamento esaurire totalmente l'asse ereditario, così da impedire la successione *ab intestato.* Consegue che, se il testatore istituisce gli eredi in parte determinate del suo patrimonio, e non esaurisce tutto l' asse ereditario, il resto sarà sempre diviso tra gli eredi testamentarii, e non mai per questo verranno chiamati gli eredi *ab intestato.* Così ancora se uno degli eredi testamentarii venisse

(a) L. 151. de V. S. (50. 16). *Terent. Clemens. Delata* hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consegui. — L. 54. de acquirenda vel omitt. hered. (29. 2.). — L. 138. de R. I. (50. 17.). *Paul.* Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. — L. 7. C. de iur. delib. (6. 30.).

(b) L. 39. de acquirenda hered. (29. 2.). *Ulp.* Quandiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

(c) L. 15. §. 2. de inoff. test. (5. 2.). *Papin.* Filius, qui inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire, et ipse a creditoribus convenire pro parte potest, et corpora vindicare; et hereditatem dividere; verum enim est, familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri. — L. 7. de R. J.

(d) L. 29. §. 2. de donat. (39. 5.). — L. 13. 19. C. de pact. (2. 3.). — L. 61. de V. O. (45. 1.). *Iulian.* Stipulatio hoc modo concepta, *si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* Inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.

a mancare, la sua porzione si divide tra gli altri eredi rimasti (diritto di accrescimento) ad esclusione totale degli eredi *ab intestato*.

2) *Semel heres semper heres*, la qualità dell'erede una volta data non si cancella più: è conseguenza di questa massima che la condizione risolutiva, e il *dies ad quem* sono incompatibili, e però considerati come non messi.

II. La delazione della eredità non dà che il diritto di acquistarla. Affinchè sia compiuta la successione fa d' uopo che alla delazione segua l' acquisto, ossia che l' erede entri effettivamente nella eredità con una novella dichiarazione di volontà per mezzo della quale accetta.

I momenti della eredità deferita e dell' acquisita non cadono comunemente nel medesimo tempo, ma un momento deve seguir l' altro. Vi sono però eredi, i quali acquistano la eredità nel medesimo tempo in cui vien loro deferita, e questi appellansi eredi legittimi o meglio eredi necessarii.

ANNOTAZIONE

I patti ereditarii, quantunque in generale considerati turpi dal diritto, meritano di essere studiati sulle seguenti distinzioni:

I. Può darsi che il contratto ereditario riguardi il patrimonio di uno dei contraenti e specialmente:

1) l' acquisto di questo patrimonio da parte dell'altro contraente (*pactum hereditarium acquisitivum*). Poichè è indegno di attentare alla libertà per addivenire erede, un tale contratto è di nessun momento (e).

Nel diritto giustinianeo non avvi eccezione a questa regola, salvo per i privilegiati testamenti militari (f); solamente per mezzo di una Novella di Leone (g) fu stabilito, essere valido quel contratto, per mezzo del quale il padre assicurì al figlio una eguale porzione come ai suoi germani.

2) Può avvenire che per mezzo di un contratto si assicuri ad un terzo il patrimonio di uno de'contraenti; e ciò può succedere in due maniere differenti: o stabilendo che il terzo acquisti tale patrimonio immediatamente, ed in questo caso il contratto sarà ancor meno valido, che se il terzo fosse stato egli stesso il contraente: ovvero convenendo che il terzo ricevesse il patrimonio mediatamente dall'altro contraente, ed in questo caso si ha un patto aggiunto di restituzione ad un contratto ereditario, e per conseguenza, non essendo valido il contratto principale, dev'essere inefficace anche l'accessorio. Ma invece se mediante un contratto il patrimonio dovesse venire nelle mani di un terzo dopo acquistato dal contraente per testamento

(e) L. 15. C. de pact. (2. 3.). — L. 34. C. de trans. (2. 4.). — L. 5. C. de pactis com. (5. 14.). — L. 4. C. de inst. stip. (8. 39.). *Diocl.* et *Maxim.* Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, quum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint. — confr. L. 61. de V. O. cit.

(f) L. 19. C. de pact. (2. 3.).

(g) Nov. Leon. 12.

o per eredità legittima, si potrà ciò ritenere come un fidecommesso verbale, e l'atto sarà valido.

3) Finalmente quando uno de'contraenti rinuncia la eredità dell'altro (*pactum hereditarium renunciativum*), il contratto è inefficace, naturalmente perchè una eredità non ancora deferita non può essere con effetto rinunciata (h).

II. Può darsi inoltre che il contratto miri alla futura eredità di un terzo. Se questa persona è indeterminata il contratto avrà bene la sua validità come qualunque altro *pactum spei* (i): se è determinata non solo il contratto è di nessun momento, ma ancora la eredità deferita ad un tale contraente gli è tolta come indegno, poichè egli: *adversus bonos mores et ius gentium festinavit;* ovvero poichè è cosa indegna essere *sollicitum de vivi hereditate* (k).

In un sol caso questo principio è inapplicabile, quando cioè il terzo stesso annuisce al contratto; questo sarà valido, ma il terzo naturalmente non resta obbligato di trasmettere la sua eredità a tale o tal altro dei contraenti (l).

Si osservi da ultimo che i contratti notati nella seconda partizione hanno una

(h) L. 16. de suis (38. 16.). *Papin.* Pater iustrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepisse, ue quid aliud ex hereditate patris speraret; eam scripturam ius successiouis non mutasse constitit, privatorum euim cautionem legum auctoritate non censeri.—L.35. §.1. C. de inoff. test. (3. 28.). — L. 3. C. de coll. (6. 20.). — L. 13. 18. de acquir. vel omit. hered. (29. 2.).

(i) L. 3. §. 1. 2. L. 73. pro soc. (17. 2.). *Ulp.* Si societatem uuiversarum fortunarum coïeriut, id est earum quoque rerum, quae postea cuique acquirentur, hereditatem cuivis eorum delatam in commuue redigeudam. Idem Maximino respoudit, si societatem uuiversarum fortnuarnm ita coïerint, nt quidquid erogaretur, vel quaereretur, commuuis lucri atque impeudii esset, ea quoque, qnae iu bouorem alterius liberornm erogata sunt, utrimqne imputanda.

(k) L. 2. §. 3. di his quae ut iudign. (34. 9.).— L. 29. §. 2. L. 30. de donationib. (39. 5.).— L. 2. §. 2. de vulg, subst. (28. 6.). *Ulp.* Interdum etiam pupillaris testameuti causa compellendum heredem institutum adire hereditatem, ut ex secuudis tabulis fideicommissum convalescat, utputa si iam pupillus decessit; ceterum si adhuc vivat, improbum esse Iuliauus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate.—L. 27. §. 4, ad S. C. Treb. (36. 1.).

(l) L. 2. §. 3. de his qnae ut ind. (34. 9.).—L. ult. C. de pact. (2. 3.). *Iustinian.* De quaestioue tali a Caesariensi advocatione interrogati sumus: Duabus vel pluribus persouis spes alienae hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos devolvendae, pactaque inter eos iuita sunt pro adventura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si ille mortuus fuerit et hereditas ad eos pervenerit, certos modos iu eadem hereditate observari, vel, si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum perveuerit, certas pactioues evenire. Et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oporteret. Faciebat autem eis quaestiouem, quia adbuc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit, et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos perventura, sed sub duabus conditiouibus composita sunt, si ille mortuus fuerit, et si ad hereditatem vocentur hi, qui pactionem fecerunt. Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus eius quidam pacisceutes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores iuita sunt, repelli, et nihil ex his pactiouibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit. Tunc etenim, sublata acerbissima spe, licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare; quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum. Iubemus etenim, neque donationes talium rerum, neque hypothecas penitus esse admittendas, neque alium quemquam contractum, quum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum nostrorum non patitur.

sostanziale differenza dai primi: imperciocchè non alterano come i primi la successione: il contraente al quale l'erede si obbliga di trasmettere quel patrimonio che gli verrà dalla eredità, non addiviene per questo erede, come non lo diviene il compratore della eredità.

§ 217.

IV. Della bonorum possessio e suo rapporto con la eredità.

Hugo, de bonorum possessionibus, Halle 1788; — *Koch*, della *bonorum possessio*, Giessen 1799; — *Fabricius*, origine e svolgimento della *bonorum possessio* fino al termine dell' *ordo iudiciorum privatorum*, Berl. 1837; — *Leist* bis. bon. possess. secundum tab. Goett. 1841. — *Lo stesso*, la *bonor poss.* suo svolgimento o valore odierno I. vol. Geott. 1844, 2. vol. 1848; — *Hingst*, comm. de bonor. possessione, Amstelod. 1858

La eredità finora considerata era la pura istituzione del diritto civile. Ma come negli altri istituti giuridici, così in questo, accanto alla *hereditas* si collocò l' istituzione pretoria della *bonorum possessio*; per mezzo della quale il Pretore apriva la successione a coloro i quali non venivano chiamati per diritto civile: ed affinchè un tale diritto fosse loro garantito, il Pretore operò in modo, che la trasmissione della proprietà si effettuisse con la *bonorum possessio* come per mezzo della eredità; onde le azioni a pro e contro delle erede furono riconosciute a pro e contro del *bonorum possessor* (a). Oltre a ciò si determinò esclusivamente in favore del *bonorum possessor* un interdetto *adipiscendae possessionis*, conosciuto per *interdictum Quorum bonorum*, onde mettersi nel possesso delle cose ereditarie; e finalmente più tardi fu a lui data una universale azione analoga all' azione civile *hereditatis petitio*, appellata *possessoria hereditatis petitio* (b). In questo modo il *bonorum possessor*, quantunque non fosse vero erede, era considerato *heredis loco*, e il suo diritto era una vera eredità, *hereditas honoraria*, sebbene per origine e svolgimento se ne allontanasse (c).

(a) L. 1. 2. 3. §. 1. 2. de bon. poss. (37. 1.). *Ulp.* Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit, nam haec omnia bonis sunt coninncta. L. 2. in omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur. L. 3. Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt: universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. §. 1. Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo re scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim iuris magis, quam corporis possessio. Denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem agnitam Labeo ait. — L. 13. pr. de bon. poss. contra tab. (37. 4.).

(b) *Gai.* Instit. IV. 144. — §. 3. Instit. de interd. (4. 15.). — T. D. quor. bon. (43. 2.). — D. de poss. hered. petit. (5. 9.).

(c) Vedi Appendice XI alla fine del capitolo.

2) In rapporto all'erede la *bonorum possessio* distinguesi in necessaria ed utile. Essendo a questa forma di successione chiamati anche coloro che non erano esclusi per diritto civile per giovarli de' vantaggi dell' *interdictum Quorum bonorum*, la *bonorum possessio* fu per loro detta utile; quandochè per gli altri, non chiamati dal diritto civile, che non potevano succedere se non per mezzo di un tale istituto pretorio, fu detta necessaria (d).

La *bonorum possessio* ha tre forme corrispondenti alla vera eredità: *bonorum possessio* secondo il tenore del testamento (*secundum tabulas*); contro il tenore del testamento (*contra tabulas*), e finalmente *ab intestato* (*intestati*).

a) Per mezzo della *bonorum possessio secundum tabulas* succede colui ch' era istituito erede in un testamento nullo secondo il diritto civile; purchè il defunto avesse la *testamenti factio activa* tanto al momento della compilazione del testamento, quanto alla morte, ed avesse osservate le forme prescritte dal diritto pretorio (e). Fa d' uopo inoltre che il testamento scritto sia esistente al tempo della morte del testatore e sia l'ultimo. Può avvenire che il testatore stesso avesse distrutto il suo testamento col proposito di compilarne un altro, il Pretore potrà mantenerlo in validità; così ancora di due testamenti con la medesima data il Pretore li considera come una sola disposizione (f). In generale la *bonorum possessio secundum tabulas* appartiene:

aa) ai figli istituiti come eredi nel caso che gli emancipati preteriti non facessero uso della *bonorum possessio contra tabulas* (g);

bb) agli eredi scritti in un testamento nullo per la preterizione di

(d) *Gai.* Inst. III. 35-38.

(e) §. 6. Inst. quib. mod. test. iufirm. (2. 17.). Non tamen per omnia lnutilia sunt ea testamenta, quae, ab initio iure facta, propter capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit; nam si ideo irritum factum sit testamentum, quod civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.—L. 1. §. 8. de bon. poss. secund. tab. (37. 11.). — L. 2. C. de bon. poss. secund. tab. (6. 11.). — §. 2. 3. Inst. de test. ord. (2. 10.).

(f) L. 1. §. 1. 6. L. 11. §. 2. bon. poss. sec. tab. (37. 11.). *Ulp.* Sed etsi in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit, et utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est, et supremum utrumque accipiemus.

(g) L. 2. eod. *Ulp.* Aequissimum ordinem Praetor secutus est; voluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum. Exspectandi igitur liberi erunt, quamdiu bonorum possessionem petere possunt; quodsi tempus fuerit finitum, aut ante decesserint, val repudiaverint, vel ius petendae bonorum possessionis amiserint, tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos.

un *suus heres* o per la nascita di un *postumus*, quando il *suus* preterito si astiene, o il *postumus* muore innanzi al testatore (h);

cc) finalmente all'erede istituito sotto condizione sospensiva o sotto condizione mista facoltativa, che non può subito essere adempiuta (i).

b) Quando il Pretore per la successione familiare cominciò ad attendere al principio naturale della cognazione contro al civile dell'agnazione, la *bonorum possessio* entrò in opposizione dello stesso testamento *(corrigendi iuris civilis causa)*; imperocchè il Pretore introdusse la *bonorum possessio contra tabulas* in favore de' figliuoli emancipati preteriti e non debitamente diseredati, cosicchè tutti i figli potevano ereditare *ab intestato;* fermi nondimeno rimasero tutti i legati e fedecommessi in favore de' figli o genitori del defunto, il legato della restituzione della dote, e la sostituzione pupillare (k).

c) La medesima modificazione fu introdotta nella successione intestata, in quanto che la *bonor. poss.* pretoria chiamò gli emancipati ed in generale la cognazione invece dei soli *sui*, agnati, e gentili; e così la *bonorum possessio* fu detta *ab intestato*, quando non vi esiste testamento o quello che esiste è di nessun effetto (l).

3) La *bon. poss.* è edittale o decretale: se non avvi bisogno di cognizione, e l'acquisto è fatto immediatamente per editto del Pretore, dicesi edittale; decretale, se precede una cognizione di causa ed un decreto: que-

(h) L. 12. pr. L. 17. de ininst. rupt. test. (28. 3.). *Ulp.* Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus, et Imperator noster rescripserunt. Idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. Idem et circa ininstum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

(i) L. 2. §. 1. L. 3. h. t. (37. 11.). *Ulp.* Si sub conditione heres institutus filius sit, Iulianus peraeque putavit, secundum tabulas competere ei quasi scripto bonorum possessionem, qualisqualis conditio sit, etiam si haec: *Si navis ex Asia venerit;* et quamvis defecerit conditio, Praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas, tueri debebit, ac si contra tabulas acceperit; quae tuitio ei, qui emancipatus est, necessaria est.

(k) L. 8. §. 12. L. 13. de bon. poss. contra tab. (37. 4.). *Iulian* Quum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petendi cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare; omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem Praetor heredis loco constituit. — L. 1. pr. L. 15. de legat. praest. (37. 5.). *Ulp.* Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum.—L. 16. §. 1. de inoff. test. (5. 2.).—L. 34. §. ult. L. 35. de vulg. et pup. subst. (28. 6.). *Afric.* Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione data sunt.

(l) L. 1. §. 2. 3. si tab. nullae ext. (38. 6.).

sta seconda specie di *bon. poss.* ha per particolarità che non può venir respinta (m).

II. Questi due sistemi di successione avevano entrambi la loro applicazione, ma poichè in molti punti la *bon. poss.* si contrappone alla *hereditas*, alle volte quella è preferita a questa, ed allora la prima dicesi *cum re*, l'altra *sine re;* alle volte l'*hereditas* la vince sulla *bon. poss.* sicchè questa è detta *sine re*, quella *cum re*. Il principio che regola l'opposizione de'due sistemi si può esporre in queste parole.

In generale la *hereditas*, come sistema del diritto civile successorio, è preferita alla *bonorum possessio;* salvo per la *bon. poss. impugnandi iuris civilis gratia data*, val dire nei casi della *bon. poss.* data al figlio emancipato, ed alla classe *unde liberi*, ed in alcuni casi della *bonorum possessio secundum tabulas*. In ogni altro caso, contrapponendosi la *bon. poss.* alla *hereditas*, questa sarà sempre *cum re*, l'altra *sine re*.

III. Nella legislazione giustinianea i due sistemi subirono la medesima sorte degli altri dualismi nel diritto romano , sicchè non troviamo più due sistemi a fronte l'uno dell'altro; ma invece molti casi di successione, i quali prendevano forma giuridica nel sistema pretorio di successione, sono considerati appartenenti al diritto civile. Solamente questo risultato non fu l'effetto che del diritto giustinianeo ultimo, ossia delle Novelle; imperocchè anche sotto Giustiniano il diritto civile si mantenne ancora sull'antico fondamento, in modo che il diritto pretorio della *bon. poss.* serbò in massima parte il suo antico carattere, e fu così riguardato ne'libri delle Istituzioni de'Digesti e nel Codice. Poscia la *bonorum possessio secundum tabulas* fu modificata dal nuovo modo di testare, quella *contra tabulas* e la *intestati* si alterarono profondamente per le Novelle **115. 118.**, eccetto qualche caso singolare, come si vedrà più da vicino nelle singole materie.

§. 218.

V. Della idoneità per succedere.

Affinchè un individuo fosse debitamente chiamato a succedere, fa d'uopo ch'egli vi sia idoneo.

Le cause della incapacità a succedere possono essere o assolute o relative.

1) Sono incapaci assolutamente:

(m) L. 30. §. 1. de acquir. hered. (29. 2.). — L. 3. §. 8. de bon. poss. (27. 1.). *Ulp.* Si causa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur, quam pro tribunali, quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita bonorum possessio alibi, quam pro tribunali dari potest. — L. 1. §. 7. de succ. edicto (28. 9.).

a) gli schiavi ed i peregrini (a); se non che i primi possono legalmente essere istituiti eredi non certo per loro stessi, ma per acquistare la eredità ai loro padroni;

b) i condannati a pene capitali (b);

c) gli eretici ed apostati (c);

d) i figliuoli e le figliuole de'condannati per alto tradimento. Per grazia speciale è condonata ai figliuoli la vita, ma essi però non potranno mai succedere a chicchessia nè per testamento nè *ab intestato* (d).

A questo proposito è oggi comunemente ritenuto che l'eredità diretta ai figliuoli del condannato si acquisti dagli altri eredi del defunto, come se mancassero i discendenti; e non che si devolva al fisco, come dapprima si opinò (e).

2) Sono relativamente incapaci le seguenti persone:

a) la vedova che si rimarita durante l'anno del lutto (§. 115.);

b) secondo la sanzione di Arcadio e Onorio quelli uniti in matrimonio incestuoso tanto vicendevolmente, quanto ancora i figliuoli nati dall'incesto e coloro tra i parenti che consigliarono l'unione relativamente ai due coniugi (f). Questa legge deve ritenersi abrogata dalla Nov. 12., la quale sancisce fra le altre pene la perdita di tutto il patrimonio in favore del fisco;

c) le persone giuridiche, purchè non abilitate da una legge espressa (§. 26.).

II. Quanto al tempo nel quale bisogna che l'erede si trovi capace:

1. Per la eredità *ab intestato*, al momento della delazione, e senza interruzione fino al diffinitivo acquisto della medesima (g); e particolar-

(a) L. 6. §. 2. de hered. inst. (28. 5.).

(b) L. 3. pr. §. 1. de his, qui pro non scr. (34. 8.). *Marc.* Si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est, nec ad fiscum pertinet; nam poenae servus est, non Caesaris; et ita Divus Pius rescripsit. §. 1. Sed etsi post testamentum factum heres institutus vel legatarius in metallum datus sit, ad fiscum non pertinet. — L. 13. pr. de bon. poss. (37. 2.). — L. 1. C. de her. inst. (6. 24.).

(c) L. 5. C. de haer. et Manich. (1. 5.). — L. 3. C. de Apost. (1. 7.). *Valent. Theod.* et *Arcad.* Hi qui sanctam fidem prodiderunt, et sanctum baptisma haeretica superstitione profanarunt, a consortio omnium segregati sint, a testimoniis alieni, testamenti, ut ante iam sanximus, non habeant factionem, nulli in hereditate succedant, a nemine scribantur heredes. — confr. Nov. 115. c. 3. §. 14. c. 4. §. 8.

(d) L. 5. C. ad leg. Iul. maiest. (9. 8.).

(e) *Mühlebruch*, comm. XXXIX. p. 246.

(f) L. 6. C. de inut. et incest. nuptiis (5. 5.). *Arcad.* et *Honor.* Si quis incesti vetitique coniugii sese nuptiis funestaverit, proprias, quamdiu vixerit, teneat facultates, sed neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur. Nihil prorsus praedictis, neque per interpositam quidem personam, vel donet superstes vel mortuus derelinquat.

(g) L. 1. §. 4. ad SC. Tertull. (38. 17.). *Ulp.* Filio, qui mortis tempore matris civis Romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutem deducatur, legitima hereditas non defertur, nec si postea liber factus sit, nisi forte servus poenae effectus beneficio Principis sit restitutus.

mente, se l'antecessore fosse morto senza testamento, per coloro i quali sono chiamati immediatamente alla eredità legittima, al momento della morte; per coloro i quali fossero dopo chiamati in mancanza dei primi al momento che i primi vengono a mancare. Se al contrario vi era un testamento reso poi inefficace, non al momento della morte del testatore, ma al momento che si apre la successione *ab intestato* (h).

2. Nella successione testamentaria, al momento della delazione fino all'acquisto della eredità; come ancora al momento della compilazione del testamento, senza riguardo ai punti intermedii (i).

3. Finalmente per i legati al momento *ubi dies legati cedit*.

APPENDICE XI.

Non si è concordi sull'origine della *bonorum possessio;* più fondata pare quella opinione che segnala un' analogia di origine tra questo istituto ed il possesso giuridico in generale (a). Come nella *rei vindicatio* così pure nella *hereditatis petitio*, la quale nel suo carattere giuridico non è se non una *vindicatio hereditatis*, vi fu bisogno di regolare legalmente il possesso per preparare il giudizio di eredità; onde la *bonorum possessio* nel suo originario carattere valeva a procacciare la rappresentanza temporanea e fino a causa finita del defunto. Naturalmente come il possesso dei beni ereditarii non era possibile in alcuno, e come vi potevano essere molti pretendenti, il Pretore non lo concedeva se non a colui che dimostrava una maggiore probabilità di diritto in suo favore, e fu stabilito, che colui il quale presentasse un qualunque testamento, valido per forma esterna, ovvero con sette segni che facessero fede della presenza di sette testimoni (*tabulae septem signis signatae*), quegli potesse pretendere ad avere il possesso di beni ereditarii; che se tale testamento mancasse, il possesso dei beni doveva essere conferito al più prossimo erede legittimo.

Consegue che la *bonorum possessio* nel tempo della sua prima origine non ebbe che la forma *secundum tabulas*, e *unde legitimi*, ignota affatto la B. P. *contra tabulas*, e *unde liberi*.

Chi per tal modo era giunto ad ottenere il possesso de' beni, era garantito per due forme di azioni, cioè dall'*interdictum Quorum bonorum* e dalle azioni fittizie, naturalmente quale rappresentante del defunto.

La B. P. in questo periodo quantunque provvisoria era pure uno stato di fatto importante, poichè dato il caso che il contraddittore non fosse vero erede, non ave-

(h) *Glück*, successione intestata §. 28.

(i) §. 4. Inst. de hered. qual. et diff. (2. 19.). — L. 6. §. 2. L. 49. §. 1. L. 50. 59. §. 4. de hered. inst. (28. 5.). *Ulp*. Solemus dicere, media tempora non nocere, ut puta civis Romanus heres scriptus vivo testatore factus peregrinus mox civitatem Romanam pervenit; media tempora non nocent. Servus alienus sub conditione heres scriptus traditus est servo hereditario, mox usucaptus ab extraneo; non est vitiata institutio.

(a) *Dennburg*, stud. sulla storia del romano testamento pag. 191. — *Fabricius*, origine e svolgimento della B. P. Gott. 1844.

va alcun interesse ad introdurre il giudizio con l'*hereditatis petitio;* per la qual cosa anche in questo periodo la B. P. addiveniva uno speciale istituto di successione per coloro che rigorosamente non erano veri eredi, o non potevano pervenire alla eredità. Essa inoltre poteva offrire l' immenso vantaggio di evitare che la eredità restasse vacante o preda della occupazione, e disse quindi il Pretore, quando non vi è un erede legittimo, darò il possesso al più prossimo parente ed in mancanza al coniuge superstite: donde gli ordini *unde cognati* e *unde vir et uxor*.

Introdotti questi novelli ordini di successione la B. P. venne perdendo il suo originario carattere, e non fu più un modo di regolare il possesso per preparare il giudizio della *hereditatis petitio*, ma un istituto pretorio di successione, vantaggioso più del civile, in quanto che offriva il sollecito *interdictum Quorum bonorum;* la sua utilità fu tanta che anche gli eredi *secundum tabulas* e *unde legitimi*, quantunque non vi fosse quistione sul loro diritto, si facevano dare il possesso de'beni.

In questo secondo periodo la B. P., istituto pretorio di successione, non poteva mai venire in opposizione col sistema successorio del diritto civile. Ma più tardi avanzò ancora, aprendosi a più larghi principii, e quasi riformando il diritto civile *(corrigendi iuris civilis);* agli ordini esistenti aggiunse la B. P. *contra tabulas* e *unde liberi* in favore di persone le quali per diritto civile non avevano diritto alla successione, e in contrapposto de'legittimi pretendenti. A voler stare a certe testimonianze è probabile che fosse la B. P. concessa al *suus* preterito prima ancora che giungesse a questo periodo; tanto più in quanto il suo carattere in questo caso si dimostra alquanto differente da quella concessa agli altri più tardi, formando come una vera apertura di successione *ab intestato* (b).

Più tardi ancora e propriamente ai tempi dell'Impero la B. P. prese un carattere più decisivo di un istituto di successione; e propriamente la *bon. poss. secundum tabulas* lasciò in alcuni casi l'indole instabile di una preparazione al litigio di eredità, e valse come mezzo diffinitivo di successione. Dappoichè, mentre prima essa il più delle volte non riusciva che a restituire le cose ereditarie al legittimo erede, ossia era *sine re*, secondo questo nuovo indirizzo in alcuni casi, nei quali essa dovea essere *sine re*, sopravvinceva l'*hereditas* ed era considerata *cum re*. I casi furono i seguenti:

a) Secondo un rescritto di Adriano, quando un testamento era reso nullo *(ruptum)* per la nascita di un postumo, che poi moriva prima del testatore, la *bon. poss. secundum tabulas* doveva essere mantenuta contra gli eredi *ab intestato;* eccetto quando nel testamento *ruptum* vi fosse un *suus* diseredato, poichè in questo caso la *exceptio doli*, concessa al *bonor. possessor secundum tabulas* è inefficace (c).

b) Per un rescritto di Marco Aurelio, di cui negli ultimi tempi si è avuto notizia nelle istituzioni di Gaio, anche quando mancassero le formalità civili ad un testamento, la *bon. poss. secundum tabulas* dovea essere mantenuta contro gli eredi *ab intestato*. In altre parole riconobbe al così detto testamento pretorio la validità di una civile successione *ab intestato*, onde rimaneva senza effetto, ovvero *sine re*, contro un *heres testamentarius* di un solenne testamento anteriore.

(b) L. 1. §. 6. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.).—V. *Fabricius*, o. c. pag. 38. 100.— *Vangerow*, Pand. §. 398.

(c) L. 12. pr. de iniust. rupt. irr. test. (28. 3.). — Ved. §. 217. not. (b). — L. 15. de dol. mal. exc. (44. 4.). — Gaio Inst. II. 119. 121.

Fuori di questi casi la *bon. poss. secundum tabulas* restò nel carattere antico; e se il testamento fosse nullo *iure civili*, la eredità dovea essere restituita al *legitimus heres*, ossia la B. P. dovea essere sempre *sine re*.

La B. P. continuò anche nel sistema giustinianeo a formare un sistema di successione distinto dal civile. Se non che Giustiniano contemperò insieme i due sistemi dopo pubblicata la sua legislazione nelle Novelle: così la *bon. poss. contra tabulas* fu sostituita dalla Nov. 115.

La *bon. poss. ab intestato* venne totalmente annullata dalla Nov. 118, eccetto quella *unde vir et uxor*. Per lo che in generale, secondo il diritto delle Novelle, la *bon. poss.* cessò di esistere un distinto sistema di successione e gli antichi *bon. possessores* furono considerati eredi civili nel diritto posteriore.

CAPITOLO II.

FORME DELLA SUCCESSIONE UNIVERSALE.

SEZIONE I.

Successione ab intestato.

Inst. de bereditatibus, qnae ab intestato deferuntur (3. 1.);—de legitima agnatorum successione (3. 2.);—de SC. Tertulliano (3. 3.);—de SC.Orpbitiano (3.4.);—de successione cognatorum (3. 5.):—TTD. si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi (38. 6.);—unde legitimi (38. 7.);—unde cognati (38. 8.); — unde vir et uxor (38. 11.);—de suis et legitimis beredibus (38. 16);—ad SC.Tertullianum et Orphit. (38.17.);—TT. C. unde liberi (6. 14.); — unde legitimi et unde cognati (6. 15.); — unde vir et uxor (6. 18.); — de suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus (9. 55.); ad SC. Tertullianum (6. 56.);—ad SC. Orpbitianum (9. 57.);— de legitimis heredibus (6. 58.); —communia de successionibus (6. 58.).— *Val. Forsteri*, de bereditatibus quae ab intestato deferuntur libri novem, Francf, (1615);—*Rinchini*, tractatus de successionibus ab intestato (op. om.) tom. IV.;—*Koch*, successio ab intestato civilis, Giessen 1798.—*Hugo*, de funt. success. ab intestato ex lure romano ant. et novo, Gott. 1785. —*Büchel*, quistioni sulla Nov. 118.—*Marb.* 1839.—*Löhr* , della successione in un peculio, del diritto di successione della madre e de' fratelli prima della Nov. 118, nel Magazzino per la scienza giurica IV. 7. 8. 9. (1820).

§. 219.

Della successione ab intestato in generale.

Quando qualcuno muore senza aver designato in un atto di ultima volontà colui che dovrà rappresentare la sua persona dopo la sua morte, ovvero quando l'atto sopraddetto esiste, ma non è valido secondo i principii stabiliti dal diritto, la legge provvede a tale mancanza, determinando le persone che dovranno succedergli, talchè questa successione viene appellata: successione *ab intestato* o legittima.

Il fondamento che la legge mette ad un simile modo di succedere non può essere che quello della famiglia o della parentela, intesi questi due vocaboli nello stretto significato del diritto civile (agnazione) nell'antico diritto, nel più ampio significato pel diritto delle genti (cognazione) nel diritto posteriore (a).

Affinchè i parenti sieno chiamati con ordine alla successione *ab intestato*, la legge dà i seguenti principii:

1. Un ordine di eredi può essere preferito ad un altro, o chiamato a surrogarlo quando mancano tutte le persone del primo: tale successione si chiama *per ordines*.

2. Nel medesimo ordine può qualche parente più prossimo escludere un altro più remoto preponendoglisi: tale successione si chiama *per gradi*.

3. Può ciascuno del medesimo ordine o grado aver diritto ad una porzione, ovvero può l' asse ereditario spartirsi in tante porzioni quanti sono i pretendenti: tale successione si chiama *per capita*.

4. Più eredi insieme, specialmente quando rappresentano un predefunto parente, possono aver diritto ad una sola porzione, ossia a quella che avrebbe avuto il predefunto parente se fosse vissuto: tale successione si chiama *per stirpes*.

5. Finalmente è possibile che dell' asse ereditario si facciano due porzioni, una delle quali va alla linea paterna ed alla linea materna l'altra: tale successione si chiama per *linea*.

Quando è il caso di ciascuna di queste successioni, si vedrà nei seguenti paragrafi.

§. 220.

I. Successione ab intestato prima della Novella 118.

Di tutti gl' istituti giuridici la sola successione restò incompleta nella legislazione giustinianea, e non pervenne a perfetta unità se non dopo publicata la legislazione di Giustiniano per mezzo della Novella 118 e 127. Per lo che nelle Istituzioni, nei Digesti e nel Codice fondamento della successione è ancora l' antico diritto civile temperato dalla *bonorum possessio*, che continua a servare un carattere distinto dalla *hereditas* tranne qualche caso. In generale l'ordine della successione *ab intestato* stabilito nei sopraddetti codici è il seguente:

Ordine I. Successione de' discendenti.

Se il defunto è un uomo, vengono chiamati alla successione i *sui* o

(a) Ved. Appendice XII.

coloro che il Pretore annovera tra i *sui*, ossia i *liberi* dell'editto pretorio, ed inoltre, per le costituzioni imperiali, i nipoti discendenti da una figlia. In questo ordine si osserva in generale la *successio per stirpes*. Si noti che concorrendo il figliuolo emancipato ed il figlio di costui restato fin dall' emancipazione del padre sotto la potestà dell' avo, il secondo ereditava insieme col padre, cioè tra i *liberi* e non tra i *sui* (*edictum de coniungendis cum emancipato liberis*).

Se la successione è di una donna, succedono i figli e le figlie *ex SC. Orphitiano*, e secondo le costituzioni imperiali, i nipoti nati da figli e figlie. Anche qui si osserva in generale la successione *per stirpes*.

Ordine II. Successione de' legittimi.

A quest' ordine appartengono le seguenti persone, e nel seguente grado:

1. la madre e i fratelli germani;

2. i fratelli consanguinei e gli uterini;

3. gli agnati mascolini e femminili del terzo grado, e con questi i figli e le figlie del premorto fratello o della premorta sorella, indipendentemente se questi premorti fossero stati consanguinei o uterini col defunto: come ancora i figliuoli degli emancipati vengono chiamati alla successione come i figliuoli di coloro i quali non sono usciti dal legame di agnazione.

4. gli agnati mascolini e femminili di un grado posteriore.

Tutti coloro che in ciascun grado sono chiamati insieme succedono sempre *per capita*, e ciò anche pei nipoti.

Ordine III. Successione dei cognati.

A quest' ordine sono completamente applicabili i principii della *bonorum possessio unde cognati* (b), ossia i cognati vengono chiamati fino al sesto grado inclusivo, con la regola che il più prossimo esclude il più remoto, e che molti del medesimo grado succedono *per capita*.

II. Successione *ab intestato* secondo la Novella 118.

§. 221.

A. In generale.

Dopo publicata tutta la legislazione Giustiniano riformò l'intero diritto di successione con principii più larghi.

Con la Novella 118 in fatti tolse ogni distinzione tra agnazione e co-

(b) Ved. Appendice XII.

gnazione, e per conseguenza tra il sistema del diritto civile e l' altro del diritto pretorio, e sancì regole più semplici di successione *ab intestato* fondate sulla parentela in generale (cognazione); poichè ordinò gli eredi in discendenti, ascendenti, e collaterali. Per lo che non fu data preferenza a quelli che al momento della morte si trovassero sotto la patria potestà del defunto su coloro che n' erano prima usciti: come ancora estese la parentela, anche senza distinzione di sesso, a tutti i gradi finchè si potessero provare. Questo principio fu riconosciuto per regola, che come la parentela è un legame reciproco, così, la possibilità di una successione, che sopra di quella si fonda, dev' essere ancora reciproca.

B. Della successione *ab intestato* sul legame della parentela in ispecie.

§. 222.

1) Della successione dell' arrogato, del figliuolo adottivo e dei figli naturali.

Fu veduto in altro luogo (§. 128. ann.) quale fosse il diritto di successione *ab intestato* del figlio adottivo, e la cagione della distinzione giustinianea in *adoptio plena* e *minus plena*. Nella prima, finchè dura il legame, le relazioni di successione sono complete verso la famiglia del padre adottivo e verso la madre naturale; verso il padre naturale poi sono applicabili le regole dell' antico diritto sull' unica *adoptio* (§. 128 ann.).

Nella *minus plena adoptio* la successione verso la famiglia naturale rimane la stessa come se non vi fosse adozione, e verso la famiglia adottiva il figliuolo adottato acquista un diritto di successione, come un *suus heres*, sul solo patrimonio del padre adottante, non pure degli agnati. Questi diritti non sono nemmeno reciproci, in quantochè il padre adottivo non succede al figlio.

La Novella 118 non alterò il diritto di successione quanto al *minus plene adoptatus;* così pure nell' *adoptio plena* il diritto del figliuolo adottato rispetto alla madre naturale rimase il medesimo, in quanto al resto la comune opinione determina che il figlio adottato per la Nov. 118 deve succedere al padre naturale nella qualità discendente (1).

2) I figliuoli naturali non avevano diritti sul patrimonio del padre, ma seguivano solo la madre. All'incontro Giustiniano colle Novelle 18 c. 5 e 89 c. 12 diede anche ai figliuoli naturali un limitato diritto di successione *ab intestato* sul patrimonio del padre nella seguente guisa:

I *liberi naturales* del primo grado insieme con la madre hanno diritto ad $^1/_6$ del patrimonio del padre, se questi non ha moglie e figliuoli legittimi, tranne che una sola concubina, vissuta sempre con lui in una comunione di famiglia, e se finalmente i figliuoli siano stati allevati in casa; e per converso il padre ha diritto di successione anche di un $^1/_6$ sul patrimonio de' figliuoli naturali.

Nel caso che il padre loro avesse moglie e figliuoli legittimi, avranno solamente diritto agli alimenti sull' asse ereditario.

Rispetto alla madre e suoi agnati i figliuoli naturali sono perfettamente pareggiati ai figliuoli legittimi, salvo che la madre non fosse una donna illustre (a).

I figliuoli incestuosi è affermato che non sono esclusi dalla successione materna, se non quando la madre perda il patrimonio per pena (b). Questo principio non fu alterato dalla Nov. 74. c. 6., nè dalla Nov. 89. c. 15. in quanto che quivi è parola della relazione dei figliuoli incestuosi col loro padre.

ANNOTAZIONE

(1) Sulle relazioni dei figli adottivi col padre naturale vi è animata controversia tra i giuristi moderni. È comune opinione che anche nella *plena adoptio* prima della Nov. 118. il figliuolo adottato era chiamato alla successione *ab intestato* del padre naturale nell' ordine *unde liberi* come per l' antica *adoptio;* altri all' incontro argomentando dalla L. 10. C. *de adoptionibus* gli negano tale diritto (c), e di questi alcuni negano totalmente il diritto di successione, altri glielo riconoscono nell' ordine *unde cognati*.

Fissando in altro luogo la relazione successoria del figliuolo adottivo col padre naturale (§. 128.), si è notato che il figliuolo dato in adozione all' avo paterno, succedeva al padre naturale nell' ordine *unde liberi*. Ora un simile caso di adozione è compreso nella *plena adoptio* di Giustiniano, il quale con la legge sop. cit., stando alla opinione del *Mühlenbruch*, ed altri, pare che invece di favorire i figliuoli adottivi, avesse resa peggiore anche la condizione di colui ch'era adottato dall' avo paterno. In altri termini mentre si dovea prefiggere lo scopo di garantire chi fosse adottato da un estraneo, in conchiusione poi avrebbe favorito quest' ultimo e danneggiato chi fosse adottato dall'avo paterno. Non è questa una legittima interpretazione.

È vero che le sue parole: *si vero pater naturalis* etc. sembrano voler concentrare il diritto di successione del figliuolo adottivo tutto sul padre civile; pure ciò non vuol dire altro che per mezzo dell' adozione piena Giustiniano assicura la sorte dell' adottato, e che questi non corre nessun pericolo, poichè in ogni caso egli non

(a) L. 5. C ad SC. Orphit. (6. 57.).

(b) Nov. 12. c. 1. la quale aboliva completamente la L. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.).—*Rosshirt*, diritto di successione pag. 211.— *Vangerow*, Pand. §. 413.

(c) *Mühlenbruch*, com. XXXV. pag. 160.—*Büchel*, quistioni, pag. 51.

perverrà mai in condizione peggiore. Il carattere fondamentale di quella legge è massimamente quello di togliere qualunque possibilità che il figliuolo adottivo avesse danno, come prima della legge quando il padre civile lo avesse emancipato dopo la morte del padre naturale; con tanta maggiore ragionevolezza ne garantisce la sorte, in quanto nella *adoptio plena* concorrono e il legame civile e il naturale.

Ammettendo l'altra opinione noi faremmo cadere Giustiniano in una manifesta contraddizione. E di vero la legge 10. del Codice fu emanata nel 530, ossia prima della collezione delle Pandette; ora se nel Codice Giustiniano avesse voluto sancire per mezzo della citata costituzione, che il figliuolo adottato dall'ascendente perdesse in tutto o in parte il diritto di succedere al padre naturale, come poi avrebbe accettato nella grande collezione quei passi che un tale diritto ammettono (d)? Secondo le buone regole d'interpretazione non si può preferire un passo del Codice a quello delle Pandette, essendo parti integranti della medesima legislazione; ma volendo anche argomentare sopra un simile principio, sarebbe posteriore il passo delle Pandette a quello del Codice, essendo il primo stato sancito da Giustiniano nel 533. Quindi nelle parole citate debbe scorgersi piuttosto un paragone che egli vuol stabilire tra il *minus plene* e il *plene adoptatus*, ma esse non ci obbligano di reputare abolita l'eccezione fatta dagli antichi giureconsulti, che cioè sol in un caso il figliuolo adottato era chiamato nella classe *unde liberi;* tanto più in quanto lo stesso legislatore in altro luogo §. 14. *Inst. de her. quae ab int. def. (3. 11.)* si esprime al proposito: *pristina iura tali adoptioni servavimus*. Onde anche secondo la L. cit. il *plene adoptatus* succede generalmente nella classe *unde cognati*, e quando è adottato dall'avo paterno nella classe *unde liberi*.

La controversia si riproduce novellamente quando s'indagano gli effetti della Nov. 118. sopra le relazioni delle quali discorriamo. È fuori questione che il diritto di successione del *minus plene adoptatus* non è stato mutato dalla Novella; nè mutato il diritto di successione dell'adottato pienamente verso la famiglia adottiva, e verso la madre naturale. È questione se il pieno adottato avesse ancora, secondo lo spirito della Novella citata, un diritto di successione sul patrimonio del padre naturale. La comune opinione stabilisce che il *plene adoptatus* eredita tuttora dal padre naturale come qualunque discendente nel primo ordine ; opinano altri erediti nel quarto ordine (e). D'altra parte il *Mühlenbruch* (f) al pieno adottato e all'arrogato nega addirittura qualunque successione *ab intestato* sul patrimonio del padre naturale.

Come per la prima così per questa seconda controversia noi seguiamo la comune opinione. In primo luogo si è osservato innanzi come il diritto pretorio avea conceduto al figliuolo adottato dall'ascendente paterno il diritto di ereditare dal padre naturale. Ora l'opinione che la Novella 118, legge equa, che cancella le antiche divisioni, e fonda la successione *ab intestato* su'legami del sangue, tolga a questo figliuolo adottivo il diritto concessogli dal Pretore, non è conseguente alla logica, nè soprammodo alla storia del diritto. Invero nel diritto anteriore l'adottato non apparteneva ai *liberi* nel giuridico significato della parola, ma sibbene ai discendenti cognati, e però succedeva al padre nell'ordine *unde cognati*. La principale riforma

(d) L. 3. §. 7. 8. L. 21. §. 1. de bon. poss. contr. tabul. (37. 4.).
(e) *Löhr*, Magazzino III. 11.—*Puchta*, lezioni vol. II. pag. 307.
(f) *Mühlenbruch*, comin. XXX. pag. 173. comp. §. 633. not. 4.

di Giustiniano fu di pareggiare agnazione e cognazione, abolendo di conseguenza ogni distinzione tra i *sui liberi*, ossia i *sui* finti dal Pretore, e i cognati discendenti; tutti sotto il nome di discendenti furono chiamati nel primo ordine senza preferenza di agnati: Giustiniano detta a questo proposito:.. « In omnibus successionibus agna- « torum et cognatorum differentiam cessare volumus, sive propter femininam per- « sonam, sive propter emancipationem *vel aliam quemlibet modum* in prioribus le- « gibus tractata fuerit ».

Per lo che se per l'arrogazione e l'adozione in generale alcuni discendenti in ossequio alle viete distinzioni furono messi fra i cognati, ed altri rimasero fra li agnati, tolta di mezzo questa differenza, si avrà l'ordine de' discendenti composto senza alcuna distinzione.

A tuttociò si oppone', gli adottati non succedere nell'ordine *unde liberi*, perchè non erano considerati come discendenti del padre; è giusto perciò che essi non ereditino come tali (nel primo ordine) nemmeno secondo la Novella 118, tanto più che questa novella costituzione non stabilisce una nuova parentela, ma riforma semplicemente l'ordine della successione.

In questo punto si confonde il significato giuridico della parola *liberi* con quello di discendenti: la parola *liberi* esprime il concetto di agnazione vera o finta; discendente è termine più generico, sotto il quale si comprendeva anche il cognato; lo stesso emancipato, prima che il Pretore lo avesse finto *suus*, era un discendente, eppure apparteneva all'ordine de'cognati; sorto poscia il concetto di *liberi*, per la finzione pretoria che supponeva l'agnazione, non per questo non restarono altri discendenti fra i cognati. Ora tolta la differenza d'agnazione e cognazione che li spartiva in più ordini, tutti trovansi compresi sotto il nome generico di discendenti; e perciò chiamando la Novella 118 tutti i discendenti nel primo ordine, non vi è ragione di escludere il figliuolo adottivo dalla successione del padre naturale, poichè come gli altri, è anch'egli un discendente. Aggiungasi che collocare il pienamente adottato nel quarto ordine del sistema di successione stabilito dall'anzidetta Novella è anche un assurdo; poichè in quest'ordine vengono chiamati i parenti collaterali e non i discendenti.

Si obbietta ancora, che quantunque il Pretore ponesse nell'ordine degli eredi legittimi come figli coloro che avevano la qualità di cognati, come se fossero *sui*, non fece pure questa finzione per coloro, i quali erano dati in adozione, e per la ragione naturalissima ch'eglino avevano già in un'altra famiglia un diritto di successione *ab intestato* come figli, e perchè nessuno può avere nel medesimo tempo due padri. Secondo il principio che una novella regola non abolisce le eccezioni delle prime, devesi riconoscere quella eccezione anche dopo la Novella 118, e perfettamente secondo quei motivi.

A voler pure ammettere che siasi fatta eccezione per gli adottati, perchè avevano già la eredità come figli di un'altra famiglia, pure ciò non toglie che con tutta la eccezione gli adottati sieno discendenti, e per conseguenza non possiamo negare al pienamente adottato il diritto di ereditare dal padre naturale in qualità di discendente.

§. 223.

B. Ordine della successione *AB INTESTATO* in generale.

L'ordine di questa successione secondo l'ultimo diritto di Giustiniano deriva dalla parentela naturale senza distinzione di sesso o di agnazione, per lo che è diviso nei tre ordini speciali di discendenti, ascendenti, e collaterali (§. 221) che comprendono tutta la parentela. Ma fra i collaterali alcuni sono preferiti ad altri, e sono i fratelli e sorelle germane del defunto coi loro figli; altri sono posposti ai primi ma preferiti ad altri collaterali, e sono i fratelli e le sorelle unilaterali, cioè consanguinei ed uterini, coi figli rispettivi; onde con più esattezza gli ordini degli eredi *ab intestato* sono quattro, così composti:

1) Discendenti, cioè figli e figlie senza distinzione, nipoti nati dai figli e figlie.

2) Ascendenti, fratelli e sorelle germane coi loro figli e figlie.

3) Fratelli e sorelle consanguinee ed uterine coi loro figli e figlie.

4) Finalmente tutti gli altri parenti fino all'infinito (a).

Di questi eredi alcuni succedono *per capita*, ed altri *per stirpes*, non ricevendo cioè che la sola porzione che sarebbe spettata al loro predefunto genitore, se fusse vissuto al momento della successione.

ANNOTAZIONE

Pe'nipoti in generale tanto figliuoli di figli e figlie, quanto figliuoli di fratelli e sorelle, si parla di un diritto di rappresentazione, ma gli scrittori non sono di accordo tra loro (b). Le idee generali sarebbero: esservi il diritto di rappresentazione per tutti i figli dei figli e dei fratelli, il cui concetto fondamentale è che costoro ereditano non *iure proprio*, ma *iure praedefuncti parentis* il patrimonio del defunto. Principale conseguenza di questa teoria sarebbe, che tali persone allora possono ereditare quando il loro defunto genitore avesse potuto egli stesso succedere, e quando esse fossero di fatto addivenuti eredi di costui: cosicchè se si fossero astenuti dalla eredità del padre non potrebbero succedere all'avo o secondo le circostanze al loro zio.

Altri ultimamente hanno parlato di un diritto di rappresentazione rispetto alla

(a) Nov. 118. — I quattro ordini sono espressi ne'seguenti versi:

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius eius.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius;
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

(b) Ved. *Glück*, succ. intest. §. 23.—*Normann*, de iure repraesent. 1828. §. 2. 16.

successione, e di un altro rispetto alla divisione della eredità. Tanto i figli dei figli quanto dei fratelli hanno un diritto di rappresentazione rispetto alla divisione della eredità. Sarebbe conseguenza che i nipoti debbono prendere a loro carico tutti gli obblighi che il loro genitore avrebbe, se non fosse premorto, e imputare nella loro porzione i debiti del loro genitore verso il defunto. Ma rispetto alla successione succedono per rappresentazione solo i figliuoli di fratelli e non quelli dei figli, in quanto che solamente i primi succedono *iure praedefuncti parentis* e non già i secondi, e quindi solo pei primi sono applicabili i sopra riferiti principii.

Tutta questa dottrina della rappresentazione è perfettamente estranea ai testi tanto nella prima forma, quanto nella distinzione apportata dal *Glück*.

Il diritto di rappresentazione, quale è inteso dai più è perfettamente inapplicabile; se i nipoti in generale dovessero succedere solamente quando il diritto ereditario del loro genitore sia stato ad essi trasferito, non potrebbero mai succedere, poichè il loro genitore premorto al defunto, della cui eredità si tratta, non avea diritto di successione al momento della sua morte, essendo ancora in vita il defunto; *quia vivi hereditas non datur*, e nessuno quindi potea trasferirne altrui, perchè ciò che non si ha non si può trasferire. Inoltre se il diritto di rappresentazione fosse possibile in questo senso, sarebbe fondato non pei nipoti solamente, ma per tutti gli altri parenti.

Una sola espressione di Giustiniano ha potuto essere il fondamento di tutta questa dottrina, che i nipoti cioè devono succedere *in locum*, ovvero *in iura praedefuncti parentis* (c). Queste espressioni secondo Giustiniano stesso si riferiscono alla divisione; di guisachè significano unicamente la *successio per stirpes* (d); cioè che i nipoti in generale, quali legittimi sostituti del genitore, riceveranno quel tanto, che avrebbe ricevuto il *parens praedefunctus*, il cui posto essi vengono a tenere. Ora sopra questa semplicissima relazione si è costruito un tale diritto di rappresentazione col concetto che i nipoti non succedono *iure proprio*, ma *iure praedefuncti parentis* e con le conseguenze sopraddette: cose tutte che non hanno riscontro nelle leggi.

In conchiusione tutti i nipoti indistintamente sono chiamati alla eredità *ab intestato* del loro avo, ovvero del loro zio, nè vi è legge che ci autorizzi a stabilire il principio che essi possono allora succedere, quando abbiano ereditato dal loro premorto genitore (e).

§. 224.

a) Ordine I. Discendenti.

1) Nel primo ordine succedono ad ambedue i genitori i discendenti di qualunque sesso e di qualunque grado, senza distinzione se essi sono o no ancora sotto la patria potestà; in mancanza di qualcuno de'figli succedono nel luogo del predefunto i nipoti e le nipoti nate da lui.

(c) Nov. 118. c. 1. 3. — Nov. 127.

(d) Nov. 118. c. 1.

(e) *Haimberger*, diritto romano puro §. 305.— *Vangerow*, op. c. §. 414.— *Mühlenbruch*, com. §. 152. not. 5.

In caso che esistessero discendenti di più matrimonii succedono al defunto genitore quelli che discendono da lui, tanto quelli procreati nel primo, quanto nei matrimonii susseguenti, con la differenza però che solo ai figliuoli del primo letto resta la proprietà dei beni che il genitore lucrò dal coniuge col quale procreolli. A ciò si aggiunga tutto quello che la madre ereditò *ab intestato* da un figliuolo premorto in concorrenza coi suoi figli (§. 115).

In generale i discendenti succedono tutti *per capita* eccetto i nipoti, figli di figli e figlie che succedono in luogo del predefunto genitore, i quali succedono *per stirpes*.

2) Alcune volte insieme coi discendenti concorrono altri successori che veramente non appartengono a quest'ordine, alcune volte per la proprietà, altre per l' usufrutto. Essi sono:

a) Il padre, e propriamente se il figliuolo defunto era sotto la sua potestà, ed è morto lasciando prole, egli ha il diritto di ritenere tutto l'usufrutto che godeva durante la vita di suo figlio (§. 121) (a).

b) Il marito superstite: egli concorre coi figliuoli che succedono alla madre secondo una costituzione di Teodosio e Valentiniano (b). La so-

(a) Nov. 118. c. 1. ved. not. (c).

(b) L. 3. C. de bon mat. (6. 60.). *Theod.* et *Valentinian.* Si viva matre emancipati sunt filii, et postea decessit mater quoniam omni commodo destituitur pater, nec retinet usnmfrnctnm, viriles ei inter filios, sive unus sive plures sunt, ususfructus tribuimus portiones. §. 1. Sin vero mulier moriens alios ex filiis emancipatos a patre, alios in patria potestate dimiserit, in hoc casu dispari utetur maritus defunctae beneficio; quo casu utrisque praescripsimus, id est circa eorum quidem portionem, quos adhuc in sacris retinet, usnmfrnctum ex legum auctoritate retinebit, et praemium delatae emancipationis, qnum volet, accipiet, in eornm vero parte, quos exisse de potestate viva matre constiterit, usnmfrnctum viriiis inter eos portionis secundum praescripta percipiet. §. 2. In nepotibus etiam vel neptibus hoc observandum esse censemus, ut maritus, qui uxore mortua, non exsisntibus filiis, cum solis nepotibus vel neptibus ex hac lege ad emolumentum vocandus est, si unus vel uns pluresvo nepotes ex filio uno vel pluribus, qni in potestate defecerunt, procreati sunt, hoc iure utatur, quod de filiis constitutum est. Nsm licet hoc novum praesens lex constituat in nepotes, non est tamen ab re, nt in hoc casu deteriorea esse nepotibns filii non sinantur. Hsbeat igitur avus veniens cum nepotibus in poteatate durantibns usnmfructum bonorum omnium, quae ex defunctae avise successione delata sunt. Qnum vero his quoque libertatem emancipatione largitur, similiter et sb ipsis, sicut de filiis constitutnm est, praeminm manumissionis accipiat, vel, si ex pluribns alteros manumittit alteros retinet, ex parte manumissorum legitimum praeminm, ex parte vero in potestate manentium retineat usumfructum. §. 3. Quodsi nepotes sint neptesve aut ex emancipato filio ant ex filia procreati, ant ab ipso avia vivente sscris dimissi, idem avus viriiis cum ipsis portionis habeat usnmfruetum. Si vero ex nepotibns neptibusve tempore, quo in aviae successionem vocantnr, alii in avi sunt potestate, id est mariti defunctae, alii sui iuris sunt, circa personas quidem eorum, qui in potestate consistunt, et in usufructu consequendo et in emancipationis praemio conquirendo ratio supradicta serveiur; in his vero, qui sui iuris sunt, facultas capiendi ususfructus virilis inter eos portionis habeatur. §. 4. Eadem autem et de pronepotibus utrinsque sexus sancimus, manente definitione, quse de singulis sancita est, si filii sint pariter ac nepotes.

stanza di questa costituzione è la seguente. Quando muore la moglie lasciando, oltre al marito, comuni discendenti di qualunque grado, bisogna notare se questi discendenti siano o no sotto la potestà del vedovo. Secondo i principii stabiliti, nel primo caso il marito superstite avrà tutto l' usufrutto (§. 121). Nell'altro caso che i discendenti succedenti alla madre non fossero sotto la sua potestà o perchè emancipati, o perchè non vi siano stati mai, come i nipoti figli delle figlie, o i figli de' figli procreati dopo l' emancipazione, il vedovo riceverà solamente l' usufrutto di una virile porzione, proporzionatamente così:

aa) Se i comuni discendenti sono figli in primo grado e tutti non sono sotto la patria potestà del vedovo, questi riceverà l'usufrutto di una porzione p. e. di $^1/_5$ del patrimonio se i figli sono quattro tutti emancipati; se all' incontro di questi quattro figliuoli due fossero emancipati e due ancora sotto la patria potestà, al vedovo andrà tutto l' usufrutto sull'eredità spettata ai due che ha in potestà, e l' usufrutto di una porzione virile sull' eredità spettata agli emancipati, ossia di $^1/_3$.

bb) Quando i comuni discendenti sono nipoti, tutti od alcuni, l' avo deve avere anche l' usufrutto di una porzione virile, proporzionata come sopra tanto che si trovassero solamente nipoti nati da un figlio, quanto nipoti di diverse stirpi (c).

c) Finalmente la moglie povera superstite: ma di lei sarà trattato nella teoria della successione straordinaria.

§. 225.

b) Ordine II. Ascendenti e fratelli germani.

In quest' ordine succedono gli ascendenti; i germani e le germane, ed i nipoti figli loro.

Giustiniano ordinò che in concorrenza gli ascendenti escludevano i nipoti i quali poteano concorrere solamente coi germani, o succedere soli quando mancavano ascendenti e germani (a).

Questa disposizione fu mutata più tardi dallo stesso legislatore, determinando che i nipoti potevano concorrere con gli ascendenti, quando nella concorrenza vi fossero anche i germani (b).

In questa novella costituzione si tace del caso che i nipoti soli concorressero con gli ascendenti, si è ritenuto quindi che in questo caso l'ul-

(c) L. 3. C. de bon. matern. — Ved. not. (o).
(a) Nov. 118. c. 3.
(b) Nov. 127.

tima decisione non abbia mutato la regola della Nov. 118, la quale esclude i nipoti dalla concorrenza coi soli ascendenti. Ma una più benigna interpetrazione ha estesa la Nov. 127 che ammette la concorrenza dei nipoti coi germani ed ascendenti anche al caso che nel concorso manchino i germani.

Le regole della divisione di eredità per quest' ordine sono le seguenti:

a) Se vi sono solamente ascendenti, il più prossimo di grado esclude il più remoto: se sono ascendenti del medesimo grado e della medesima linea succedono *in capita*; ma se alcuni appartengono alla linea paterna, altri alla materna, la successione sarà per linea (c), e più eredi di una linea e di egual grado ricevono le porzioni *in capita*.

b) Se vi sono solamente germani, la successione sarà *in capita*.

c) Nel caso che vi fossero solamente nipoti vi è stata tra i glossatori controversia (1); ma negli ultimi tempi si è opinato piuttosto per la divisione *in capita*.

d) Se concorrono ascendenti e germani, la successione sarà ancora *in capita*. In questo caso pure come sempre succedono fra gli ascendenti i più prossimi di grado.

e) Se concorrono germani e nipoti la successione sarà *in stirpes*.

f) Finalmente se concorrono ascendenti, germani e nipoti la successione sarà per gli ascendenti e germani *in capita* e pei nipoti *in stirpes* (d) (2).

ANNOTAZIONI

(1) Celebre fu la controversia tra *Azone* ed *Accursio* sul dubbio, se i nipoti che ereditano senza concorrenza di altri collaterali o ascendenti dallo zio succedano *in capita* o *in stirpes*. *Azone* seguito da molti (e) ammetteva la successione *in capita*, perchè così era risoluto avanti Giustiniano il quale con la Nov. 118 punto non mutò il diritto precedente su questo caso. Contrariamente *Accursio* tenne per la successione *in stirpes*, come quella che unicamente corrisponde allo spirito della Novella citata: opinione seguita dalla maggior parte dei giureconsulti. Finalmente oltre a queste due opinioni opposte si è formata una opinione di mezzo, secondo la quale se oltre i nipoti concorrano altri collaterali di secondo o terzo grado, come fratelli unilaterali, zii e zie del defunto, la successione sarà *in stirpes*; nel caso contrario *in capita*.

Questa controversia è di una grande importanza presso di noi; a voler essere concordi co' principii parrebbe che la opinione più fondata fosse quella che difende la successione *in stirpes;* poichè se Giustiniano ha voluto chiamare i nipoti alla suc-

(c) Nov. 118. c. 2.
(d) Nov. 118. c. 3.
(e) Ved. *Rogerius*, de succ. legit. c. 12. §. 22.

cessione come i nuturali sostituti del padre, logica è l' opinione di Accursio. Dall' altra parte non è men vero che queste persone succedono *iure proprio* e non *iure praedefuncti parentis*; onde essendo tutti del medesimo grado non è senza molta ragione che la successione segua *in capita*. Aggiungasi che qualche moderna legislazione ha ritenuta quest' opinione più mite di *Azone*, sancita pure da una decisione della dieta di Spira del 1529.

(2) Controversa è ancora la successione al peculio avventizio del figlio di famiglia. Prima della legislazione giustinianea la successione era determinata in questa guisa: prima i discendenti, dopo la madre e finalmente i fratelli; in mancanza di tutti, il padre, il quale poi in ogni caso manteneva per sè l' usufrutto. In luogo di questa successione Giustiniano ordinò nella Nov. 118 che se qualcuno morisse senza discendenti, la successione sia devoluta al suo prossimo parente ed ai suoi fratelli e sorelle bilaterali « *nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi vendicare* »; poichè invece di questo usufrutto il padre riceve una parte della successione in proprietà.

Secondo la Novella adunque è certo che il padre di famiglia non acquista usufrutto sulla porzione dei coeredi fratelli del defunto che trovansi sotto la sua potestà; ma è molto controverso se al padre stesso rimane l' usufrutto ch' egli godeva durante la vita del figliuolo. Alcuni giuristi affermano l'usufrutto del padre, 1) poichè così era prima della Novella 118; 2) poichè Giustiniano ha proibito solamente l'acquisto di un nuovo usufrutto; 3) poichè secondo le regole di diritto l'usufrutto si estingue non per la morte del proprietario, ma sibbene per quella dell'usufruttuario (f).

Altri al contrario opinano che il padre perde l' usufrutto, quando concorre coi fratelli del figliuolo defunto, ma lo ritiene sulla porzione devoluta alla madre coerede, poichè ciò è detto espressamente in una legge del Senatoconsulto Tertulliano (g), punto non abolita dalla Novella 118 (h).

Ma la maggior parte dei giuristi moderni si sono dichiarati contro entrambe le opinioni; ed affermano la perdita totale dell' usufrutto sia che il padre concorra coi fratelli sia con la madre del defunto (i).

Quest' ultima opinione è la più esatta.

Anche l' interpretazione grammaticale dà questo risultato, in quanto che Giustiniano dice che il padre non potrà far valere l' usufrutto sopra nessuna delle porzioni dei coeredi. Oltracciò non è punto esatto che l' usufrutto si estingue con la morte dell' usufruttuario come nella teoria generale così in questo caso; poichè qui si tratta dell' usufrutto sul peculio avventizio il quale non cessa generalmente con la morte del padre, ma con la estinzione della patria potestà.

Che questo usufrutto prima della Novella 118 rimaneva al padre dopo la morte del figliuolo era una singolarità, ed un compenso alla perdita che il padre faceva nella successione; ma avendogli l'ultima riforma concesso il diritto di eredità e per conseguenza la proprietà di una porzione, cessa il bisogno di quel compenso. Raf-

(f) *Gluck*, successione intest. §. 174.— *Rosshirt*, diritto di suc. pag. 339. — *Lohr.* archivio civile X. pag. 163.—*Marezoll*, giorn. di Giessen, XIV. pag. 206.—*Zimmern*, Storia del diritto I. §. 190. — *Puchta*, Pand. §. 436. n. ecc.

(g) *Wening*, comp. §. 434, 438.— *Scuffert*, comp. §. 488.

(h) L. 7. §. 1. C. ad SC. Tertull.

(i) *Muhlenbruch* §. 569. n. 8.

forza la nostra opinione Giuliano in *Epit.* Nov. const. 394, in cui dice espressamente « ut tamen pater usufructum patris ad filium vel filiam pertinentis *nullam habent,* « *sed pleno iure apud filium vel filiam maneat* ». Nè diversamente i Bizantini interpretavano il passo di Giustiniano (k).

Quanto si è detto del padre vale ancora per l'avo, quando eredita; se no, quando p. e. viene escluso dalla madre del defunto, devesi per gli stessi motivi di diritto riconoscere che gli permane l' usufrutto già esistente.

§. 226.

c) Ordine III. Fratelli e sorelle unilaterali e figli.

Nel terzo ordine succedono i fratelli e le sorelle unilaterali, cioè coloro che hanno comune col defunto un solo genitore. Costoro succedono indistintamente *in capita.*

Concorrendo i figliuoli di un fratello o di una sorella premorta, questi succederanno *in stirpes:* e loro si applicano in generale i principii già esposti nell' ordine precedente (a).

ANNOTAZIONE

Nei tempi andati era una abbastanza sparsa opinione la seguente, seguita ancora da qualche moderno giurista. Quando qualcuno muore lasciando fratelli uterini e consanguinei, si deve risalire alla origine dei beni, e il patrimonio paterno sarà diviso *in capita* tra i consanguinei, il materno egualmente *in capita* tra gli uterini (b). Questa opinione non solo menerebbe in pratica a gravi inconvenienze, è opposta ancora alla lettera e allo spirito della Nov. 118.

L' argomento di coloro i quali sostengono la teoria della origine de' beni è che questa singolarità del diritto anteriore alla Nov. 118, non fu tocca dalla riforma, e per conseguenza è rimasto l'antico principio sull' origine de' beni.

Anzi tutto non è esatto che prima della Novella 118 esistesse una tale singolarità, e quantunque la legge 2. C. *de legit. hered.* (6. 58.) dica *fratres et sorores ex eadem matre* sono chiamati alla eredità materna, e sembra che gli uterini sieno preferiti in questo caso ai consanguinei, pure in quelle parole debbonsi intendere piuttosto i germani che gli uterini, come dal complesso della legge facilmente si può scorgere; tanto più che gli uterini ebbero la successione tra gli agnati due anni dopo (c).

(k) Ved. Incert. fragm. ad Novell. Iust.—*Heimbach*, annecdot. I. P. 266. fragm. VIII.—*Athan.* de Novell. Inst. Tit. IX. const. 10. (V. *Heinb.* cit. p. 104.).—*Basilii*, prochir. tit. 30. C. 6. (edit. *Zacchariae* pag. 156.).—*Schol. Basil.* libr. 45. tit. 3. (ed. *Fabr.* VI. p. 103. sch. 6.— *Heinbach*, IV. pag. 524. sch. 5.).

(a) Nov. 118. c. 3.

(b) Vedi questa teor. di *Glück* v. c. doctr. Pand. 2. ed III. §. 435. Questa opinione fu da lui più tardi modificata.

(c) L. 15. §. 2. eod.

Posto pure che fosse vera quella regola, essa è stata completamente abolita dalla Nov. 118, per la ragione che questa non è solamente una legge di correzione, ma una riforma totale della successione: di guisa che le determinazioni del diritto anteriore possono avere valore in quanto espressamente e nello spirito della novella legge sono state confermate. Nel nostro caso non solo manca una simile conferma, ma tanto gli uterini quanto i consanguinei sono stati con egual diritto chiamati nel terzo ordine « ad hereditatem vocamus qui ex uno parente coniuncti sunt sive per « patrem solum sive per matrem ». Per lo che è d'uopo stare al principio, che i consanguinei e gli uterini ereditano ugualmente il patrimonio del defunto, senza distinzione sulla origine de' beni, e che la successione sarà per tutti *in capita* (d).

§. 227.

d) Ordine IV. Altri parenti.

Finalmente in quest' ultimo ordine succedono tutti gli altri parenti collaterali senza limite di grado, e senza distinzione se parenti bilaterali ovvero unilaterali. In questa successione il più prossimo esclude il più remoto; più parenti di egual grado succedono *in capita*.

§. 228.

e) Della successio ordinum et graduum.

Gli ordini successorii stanno in tale relazione tra loro, che i parenti dell'ordine posteriore sono esclusi dalla successione fino a che quelli dell' anteriore possono diventare eredi; ma quando è certo che tutti dell' ordine precedente non ereditano, allora vien chiamato l' ordine seguente. Una tale successione è detta *successio ordinum*. In uno stesso ordine si può trovare un'altra specie di successione, la *successio graduum* propriamente, quando un parente di un grado più prossimo esclude quello di un grado più remoto, il quale non potrà ereditare fintanto che tra lui ed il defunto avvi un altro più vicino di parentela.

Tanto l' una quanto l' altra successione han luogo nell' eredità *ab intestato* dopo come prima della Novella 118; si ha la *successio ordinum* per tutti i quattro ordini: la *successio graduum* manifestamente nel secondo ordine per gli ascendenti, nel quarto per tutti i parenti: nel primo pei discendenti allontanati dalla successione dell' avo dal padre, nel secondo e

(d) *Vangerow*, o. c. §. 147.—Ved. anc. *Mühlenbruch* §. 635.—*Wening* §. 436.—*Puchta*, Pand. §. 400. not. e.—*Goeschen*, §. 927.— *Thibaut*, diss. civ. pag. 115.— *Glück*, succ. int. p. 710.—*Rosshir*, diritto di succ. pag. 372.

nel terzo pei nipoti collaterali esclusi dalla successione de'loro zii, quando s'interpone il padre che è di un grado più prossimo al defunto.

Il principio in fine che regola la *successio graduum* è il seguente: quando manca il primo chiamato alla successione, eredita il parente che sussegue nello stesso ordine, quello cioè che sarebbe stato chiamato fin dal principio, se tra lui ed il defunto non si fosse interposto quegli che più non esiste.

ANNOTAZIONE

Il *Puchta* restringe la *successio graduum* al secondo ordine e all'ultimo, poichè solo in quello per gli ascendenti e nel quarto per tutti, si applica la massima che il grado più prossimo esclude il più rimoto; quandochè pe'discendenti e pel terzo ordine havvi la sola *successio ordinum* (a).

Una tale opinione dipende dal significato troppo ristretto dato alla *successio graduum:* davvero i Romani non facevano distinzione tra queste due specie di successioni, e nell'editto successorio troviamo consacrato generalmente la massima: che quando il primo chiamato non riconosce la B. P. nel tempo determinato, dev'essere chiamato l'altro, come se il primo non vi fosse stato (b).

Ora applicata questa massima dell'editto successorio non vi è ragione perchè non s'applichi perfettamente anche ai discendenti nipoti del primo ordine, ed ai nipoti collaterali del secondo e del terzo.

Tutti i nipoti in generale vengono esclusi dai loro genitori, uscendo i quali dalla successione, vengono chiamati essi, ed ereditano *iure proprio*. È inutile di ribattere l'argomentazione del *Puchta*, che i discendenti, quando tra il defunto ed essi vi è un'altra persona al momento che s'apre l'eredità, non hanno diritto alla successione secondo la Nov. 118; e che in questo caso la successione de'discendenti come era nel diritto antico della *bon. poss. unde liberi* è impossibile: imperocchè invece secondo lo spirito e la lettera della Nov. 118, tutti i discendenti, per questa qualità, sono chiamati a succedere nel primo ordine; hanno un diritto proprio di successione; e la circostanza che tra essi e il defunto vi è un altro discendente più prossimo non toglie nulla dal loro diritto, ma determina solo l'ordine di successione. Però Giustiniano poteva benissimo dire, che quando qualcuno moriva lasciando discendenti, questi, di qualunque grado, dovevano essere preferiti agli ascendenti ed ai collaterali: il che non potrebbe accordarsi con l'argomento del *Puchta* (c).

Questa questione si riproduce quando si guarda un altro lato della medesima teorica: cioè se la *successio graduum* ha luogo quando mancano tutti i primi chiamati, ovvero ancora quando ne manchi uno od alcuni, o con altre parole: la porzione di chi manca fra più chiamati è devoluta a'coeredi del medesimo grado in forza del *ius accrescendi*, ovvero per mezzo della *successio graduum* va a colui ch'era stato escluso da chi ora viene a mancare?

La comune opinione fino agli ultimi tempi ha sostenuto il diritto di accrescere

(a) *Puchta*, Pand. §. 458. not. e.—Lezioni, II. pag. 319.
(b) L. 1. §. 10. de succ. edict. (38. 9.).
(c) *Vangerow*, o. c. II. §. 420.— *Arndts*, Pand. §. 476.—*Holmb.* dr. rom. pur. §. 305.

tra i coeredi; ultimamente è sorta nondimeno un'altra opinione che ha data la preferenza alla *successio graduum* (d).

Traducendo questa controversia in esempii, questi sarebbero i seguenti:

1) Quando l'eredità è stata deferita a più figli, ed uno di essi prima di acquistare la sua porzione muore lasciando figli, ossia nipoti del defunto da cui si eredita, secondo la prima opinione i nipoti vengono esclusi, e la porzione si accresce agli altri fratelli, secondo l'altra, quella porzione non si accresce, ma è devoluta ai figli di colui che per morte è mancato alla eredità.

2) Quando alcuno muore lasciando un fratello, il padre e l'avo, e dopo la delazione muore il padre; secondo la prima teoria il fratello riceve tutto ed è escluso l'avo; secondo l'altra la porzione del padre è devoluta all'avo.

3) Quando l'eredità dal principio è deferita ad un fratello e ad un nipote, e dopo muore il fratello; secondo la prima opinione il figlio del fratello defunto sarebbe escluso dalla successione; secondo l'altra raccoglierebbe la porzione di suo padre.

Dopo uno studio accurato pare che la prima opinione, che fa prevalere il *ius accrescendi* è la più giusta. Il ragionamento di coloro che sostengono l'opinione contraria si compendia così: il diritto di accrescimento per sua natura è sussidiario, e si giustifica massimamente da ciò, che il patrimonio del defunto non può essere ereditato in parte. Necessario era nel diritto anteriore alla Nov. 118 nella mancanza parziale dei chiamati in primo luogo, non riconoscendo allora il diritto civile una *successio graduum*, e non ammettendola il diritto pretorio che nell'ordine dei cognati, nel quale era impossibile una *successio* in caso di parziale mancanza, decidendo la prossimità del grado, e per conseguenza il susseguente veniva escluso dal grado anteriore rimasto; cessa di esser tale per la Nov. 118, secondo cui bisogna riconoscere una generale *successio graduum*. Il diritto di accrescimento quindi non ha luogo ora, chè per tale *successio* ed in forza di un diritto di essere chiamato alla eredità può acquistarsi la porzione vacante.

Questa teoria sul carattere del diritto di accrescimento non regge; fondamento di questo diritto è invece il principio che qualunque delazione di eredità dà diritto su tutto il patrimonio ereditario: che questo diritto viene ristretto alle porzioni dagli eguali diritti dei coeredi; e che di conseguenza quando uno de' coeredi viene a mancare, il diritto di chi resta erede si estende *issofatto* sulla porzione vacante. Ora la *successio graduum* è capo di una nuova delazione, la quale dal principio non era neppure eventuale, anzi contrasta per essenza al diritto, niente affatto sussidiario, che ciascun erede virtualmente ha d'impossessarsi delle porzioni lasciate libere dai coeredi. Devesi conchiudere che alla *successio graduum* punto non mena la mancanza parziale dei coeredi, non potendosi ad altri deferire nessuna parte del patrimonio che gli eredi rimasti in quel grado per diritto proprio esauriscono.

Credono gli avversarii argomentare vittoriosamente dalla legge 2. §. 18. *ad SC. Tertull.* (38. 16.), la quale tratta di un caso, in cui secondo l'antico diritto civile vi è una specie di *successio graduum*, e che, secondo gli avversarii, pruova abbastanza contro il diritto di accrescimento. Questa legge viene spiegata dal *Franke* così: se l'eredità alla madre e alla sorella consanguinea è già deferita, e rinunzia l'ultima, siegue una novella delazione al padre, escluso prima dalla sorella; non in virtù

(d) Ved. *Franke*, diss. 167.—*Mayer*, diritto di accrescimento pag. 284.—*Lo stesso*, diritto di successione. I. §. 65. — *Hunger*, diritto di successione. §. 130.— *Wening*. §. 439.

del SC. Tertulliano, ma nell'ordine *unde cognati*. Questa decisione contrarierebbe la nostra opinione, secondo cui dopo l'uscita della sorella una nuova delazione al padre sarebbe impossibile, e la madre dovrebbe ricevere tutto in forza del diritto di accrescere. Ma l'argomentazione contraria non ha valore, giacchè nel caso di Ulpiano in questa legge l'eredità non è deferita alla madre, finchè la sorella consanguinea non si risolva; ciò si rileva non solo dalle parole di Ulpiano *(expectaturam)*, ma ancora dalle disposizioni del senato consulto Tertulliano il quale sancisce la eredità del figlio allora essere deferita alla madre, quando il padre non eredita; il che dipende dalla risoluzione della sorella consanguinea. Dunque in questo caso non avendo la madre, a cui non ancora è deferita l'eredità, diritto di accrescere a sè la porzione rinunziata dalla sorella, cadono tutte le conseguenze che il *Franke* trae in favore della *successio graduum*.

In conchiusione diciamo, che nell'ultimo diritto Giustinianeo ha luogo la *successio ordinum et graduum*, allora solo quando o mancano tutti i chiamati in un ordine, e succede l'ordine seguente: o mancano tutti i chiamati in un grado, e succede il grado seguente. Ma all'incontro quando uno o alcuni dello stesso grado o dello stesso ordine mancano e restano altri, purchè non sia caso di trasmissione, la porzione di colui che viene a mancare aumenta quelle degli altri coeredi in forza del diritto di accrescimento (e).

Stando alla nostra teoria è chiaro che la divisione della eredità per porzioni segue nel momento della delazione e non dell'acquisto.

§. 229.

D. Della successione straordinaria.

I. La successione straordinaria può derivare dal matrimonio: che se in generale l'affinità non costituisce fondamento alla successione, il diritto pretorio pure concesse un diritto di eredità al coniuge superstite nell'ultimo ordine (a). Oltre a ciò la riforma giustinianea alla vedova povera ha concesso un limitato diritto di successione sul patrimonio del coniuge defunto e propriamente il quarto. Se la vedova concorre con più di tre figli del defunto, non avrà diritto che ad una porzione virile, computando sempre i discendenti del medesimo stipite per una persona sola (*successio in stirpes*). Ella deve sempre imputare nella sua porzione quello che il marito le ha legato. Se concorre con figli proprii, riceverà l'usufrutto sulle loro porzioni, rimanendone a quelli la proprietà. È con-

(e) Ved. *Vangerow*, §. 420. — ved. anc. *Glück*, o. c. §. 160.— *Rosshirt*, c. pag. 409. — *Baumeister*, diritto di accrescere pag. 26. 35. — *Büchel*, quist. pag. 82. — *Thibaut*, sist. §. 855. — *Schweppe*, comp. §. 880. — *Mackeldey*, §. 619.— *Mühlenbruch*, §. 632.— *Puchta*, pand. 458.

(a) L. 7. C. comm. de success. (6. 59.). *Dioclet.* et *Maxim.* Affinitatis iure nulla successio promittitur.

dizione indispensabile che la vedova sia vissuta col defunto in un legittimo matrimonio fino al momento della sua morte (b).

II. Può derivare dalla cura di un demente. Se il demente fu trascurato dai proprii parenti legittimi, non ostante l'avviso loro dato, colui, che n'ebbe cura e lo sostentò a proprie spese fino alla morte, succederà ad esclusione di tutti gli eredi legittimi od anche testamentarii (c).

III. Può derivare per privilegio in favore di alcuni corpi morali, quando nessuno potrà o vorrà accettare la eredità de' loro componenti: privilegio che fa prevalere il corpo morale al fisco che dovrebbe impossessarsi dell' eredità vacante. Così:

1) le chiese ed i conventi ereditano dai loro chicrici e monaci (d);

2) la legione dai soldati (e);

3) le comunità dei decurioni , coortali , armaiuoli dai loro membri (f);

IV. Può derivare dalla liberalità del principe. Quando questi ha donato cose a più persone, se una di essa muore senza eredi, le altre ereditano il resto delle cose donate; ma questa successione straordinaria essendo di *singulae res* è da riguardarsi piuttosto come un legato per legge (g).

V. Finalmente quando non vi è alcuno ch' eredita, la successione è

(b) Nov. 117. c. 5. — conf. Nov. 53.

(c) Nov. 115. c. 3. §. 12.

(d) L. 20. C. de episcop. et cler. (1. 3.). *Theod.* et *Valent.* Si quis presbyter, aut diaconus, aut diaconissa, seu subdiaconus, vel cuiuslibet alterius loci clericus, aut monachus, aut mulier, quae solitariae vitae dedita est, nullo condito testamento decesserit, nec ei parentes utriusque sexus, vel liberi, vel si qui agnationis cognationisve iure iunguntur, vel uxor extiterit, bona, quae ad eum vel ad eam pertinuerunt, sacrosanctae ecclesiae vel monasterio, cui forte fuerat destinatus aut destinata, omnifariam socientur; exceptis iis facultatibus, quas forte censibus adscripti, vel iuri patronatus subiecti, vel curiali conditioni obnoxii clerici vel monachi cuiuscunque sexus relinquunt. Neque enim iustum est, bona seu peculia, quae aut patrono legibus debentur, aut domino possessionis, cui quis eorum fuerat adscriptus, aut ad curias pro tenore dudum latae constitutionis sub certa forma pertinere noscuntur, ab ecclesiis aut monasteriis detineri; actionibus videlicet competentibus sacrosanctis ecclesiis vel monasteriis reservatis, si quis forte praedictis conditionibus obnoxius, aut ex gestis negotiis, aut ex quibuslibet aliis ecclesiasticis actionibus obligatus obierit. — Nov. 5. c. 5. — Nov. 131. c. 13.

(e) L. 6. §. 7. de iniusto rupt. irr. test. (28. 3.). — L. 2. C. de her. dec. (6. 62.). *Constant.* Universis tam legionibus quam vexillationibus comitatensibus seu cuneis insinuare debebis, ut cognoscant, quum aliquis fuerit rebus humanis exemtus, atque intestatus sine legitimo herede decesserit, ad vexillationem, in qua militaverit, res eiusdem necessario pervenire.

(f) L. 1. 3-5. C. eod. *Constant.* Si quis cohortali conditione gravatus sine testamento vel quolibet successore ultimum diem obierit, successionem eius non ad fiscum, sed ad ceteros cohortales eiusdem provinciae pertinere iubemus.

(g) L. un. C. si liberalit. imper. (10. 14.). *Constant.* Iubemus, ut si quis forte ex his, quibus communiter a nobis aliquid donatum sit, nullo herede relicto decesserit, ad consortem potius solatium, quam ad personam aliam pars decedentis perveniat.

devoluta al fisco; naturalmente premessa la citazione agli eredi che vi potessero essere. Il fisco, che in questo caso entra nella eredità, assume gli obblighi della medesima e deve adempiere tutti i debiti, i legati e fidecomessi ordinati in un codicillo *ab intestato* (h). Il suo diritto va soggetto a prescrizione; se non gliene fu dato avviso, dopo quattro anni dal momento che l'eredità divenne giacente; per lo che dopo questo tempo il possessore di essa per qualunque titolo ne acquista irrevocabilmente la proprietà (i): se n'ebbe notizia, dopo trent' anni.

APPENDICE XII.

Le leggi prefissano a raccogliere l'eredità di persona morta senza disporne i componenti della famiglia nell'ordine del suo naturale svolgimento. Regolandosi adunque la successione *ab intestato* sulle leggi costitutive della famiglia, muta secondo queste. La quale deduzione è confermata dalla storia del diritto.

I. Le XII Tavole stabiliscono quest' ordine di successione. In primo luogo succedono i *sui*, in secondo gli agnati, e quindi, se anche questi mancassero, in ultimo luogo succedeva la *gens*.

Si appellavano *sui* coloro che erano soggetti alla patria potestà del defunto o alla sua *manus*, dalla quale si liberavano per mezzo della morte. Nel primo ordine vengono chiamati tutti senza distinzione di sesso o di grado, e per conseguenza:

1) i figliuoli procreati in un legittimo matrimonio; 2) i legittimati; 3) gli adottati; 4) la donna soggetta alla *manus;* in quest'ordine succedeva anche la moglie del figlio sottoposta alla potestà del padre; 5) il figlio *ex prima mancipatione manumissus*; 6) finalmente il figliuolo che ritorna *iure postliminii*. Questo primo ordine non poteva aver luogo alla morte di una donna: non potendo essa avere la *patria potestas*, non avea *sui;* per lo che erano chiamati gli agnati.

In questo secondo ordine era principio che il più prossimo di grado escludeva il più rimoto: le donne non ereditavano come gli altri agnati, ma per legge delle XII Tavole non potevano essere chiamate *ultra consanguinitatis gradum*; disposizione che come Paolo insegna era fatta sulla ragione della legge Voconia (*voconia ratio*) (a).

(h) L. 1. 4. 5. C. de bon. vacant. (10. 10.). *Honor.* et *Theod.* Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum iubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea vel iuris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem.—L. 11. de iure fisci (49. 14.).—L. 114. §. 2. de legatis (30) N. 1. c. 1. §. 3.

(i) L. 1. 6. de quatrien. praescr. (7. 37.). *Constant.* Notum est, a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus inchoandam non esse. Additum etiam est, et eos, qui nostra largitate nituntur, nulla inquietudine lacessendos, nec bis a fisco nostro controversiam commovendam, qui quoquo modo aut titolo easdem res possiderint.—§. 9. Inst. de usuc. (2. 6.). Res fisci nostri usucapi non potest. Sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nunciatis, bona fide emtorem traditam sibi rem ex bis bonis usucapere posse; et ita divus Pius et divi Severus et Antoninus rescripserunt.—L. 1. §. 2. de iure fisci (49. 14.).

(a) Ved. *Gai.* Inst. III. §. 2. 6. 7. 8. 15. 18. 24. — *Ulp.* fragm. XXVI. Paul. receptae sent. IV. 8. §. 22.

In terzo luogo, in mancanza di agnati, l'eredità era devoluta ai gentili, ma nella sola successione dei patrizii. Quest'ordine venne totalmente a mancare verso la fine della republica, per conseguenza se non vi erano successioni nel secondo ordine, l'eredità si dichiarava vacante (b).

È superfluo notare che per aver luogo tale successione il defunto deve essere *civis romanus*, poichè a questa sola condizione si potevano avere *sui* ed *agnati;* che dev' essere *paterfamilias*, poichè il *filiusfamilias* non avendo patrimonio a sè, non poteva avere neppure successione.

Lo schiavo manomesso o il liberto non usciva del tutto dalle relazioni col suo patrono, anzi in analogia dei legami di famiglia vi era tra lui e la famiglia del patrono una parentela civile. Per lo che alla morte del liberto si apriva la successione, ed in primo luogo erano chiamati i *sui*, quindi il patrono e la patrona e loro discendenti in qualità di agnati. La *capitis deminutio minima* spezzando il legame di agnazione, toglieva al patrono il diritto alla successione del suo liberto; fu proibita perciò l' arrogazione di un liberto (c). Secondo il principio del diritto romano che la donna non avea *sui*, alla liberta succedeva sempre il patrono in qualità di agnato. Finalmente in mancanza erano chiamati i gentili a questa successione (d).

Se il manomesso addiveniva cittadino eranvi le seguenti disposizioni. I *latini iuniani* non avevano successione; prima della legge Giuliana Norbana essi erano schiavi di diritto, furono fatti liberi, ma morivano sempre da schiavi, per conseguenza tutti i loro beni erano devoluti al patrono o ai suoi figli. Tutto ciò fu modificato dal senatoconsulto Largianó, in quanto che i figliuoli del liberto ebbero preferenza sugli eredi estranei de' latini, cosicchè oltre al patrono e discendenti, si riconobbe anche agli estranei il diritto di successione a siffatte persone (e).

In analogia del patrono col liberto si è riconosciuto un diritto di successione al *parens manumissor*, ossia a colui che manometteva un *caput in mancipio*.

Le *virgines vestales* non avevano diritto nè di ereditare nè di essere ereditate; la loro successione era devoluta all' erario (f).

II. Questa successione venne sotto l' impero modificata in qualche parte.

Dopo che per lo svolgimento della teoria del peculio il figlio addivenne proprietario di alcuni beni (§§. 120. 121.) venne di conseguenza a modificarsi la successione.

Secondo la successione anteriore la madre allora poteva ereditare dal figliuolo quando essa medesima era sotto la *manus* del marito, e per conseguenza considerata come consanguinea di suo figlio. Nel diritto pretorio, come or ora vedremo, la madre fu collocata dopo gli agnati nell' ordine de' cognati. Un senato consulto sotto Adriano, conosciuto col nome di SC. Tertulliano, modificò queste relazioni in modo da stabilire che la donna che avesse il *ius trium (ingenua) vel quatuor liberorum* potesse ereditare dal proprio figliuolo (g).

Con tutto ciò ella era esclusa dalla successione:

1) Dai figli del figliuolo defunto, ed in seguito al SC. Orfiziano per costituzioni

(b) *Gai*. III. 17.

(c) L. 15. §. 3. de adopt. (1. 7.). — *Ulp*. frag. XXVII.

(d) L. 195. §. 1. de V. S. (50. 16.).

(e) *Gai*. Inst. III. 55-71.

(f) Gell. N. A. I. 12.

(g) §. 3. Inst. SC. Tert. (3. 3.). — L. 2. §. 6. seqq. ad SC. un Tertull. (38. 17.). — L. 4. C. ad SC. Orph. (6. 57.). — L. 11. C. de suis et leg. lib. (6. 55.).

imperiali dai figli di una predefunta figlia (h); 2) dal padre naturale del defunto; 3) dal fratello consanguineo del defunto. Concorre con la sorella consanguinea la madre (i).

Tutte queste persone allora escludono la madre quando pervengono di fatti alla eredità, non quando rinunciano, si astengono, o si lasciano restituire in intiero nè quando non possono pervenire alla eredità per regola di diritto civile. Così se qualcuno muore lasciando la madre, una sorella consanguinea ed il padre adottato o emancipato, il padre in questo caso essendo cognato e non agnato del figlio, succede secondo il diritto pretorio nell'ordine *unde cognati*, e non esclude la madre dalla successione del figlio ex SC. Tertulliano, purchè la sorella consanguinea ripudia la eredità; se accetta, la madre concorrerà col marito nell'ordine *unde cognati* del diritto pretorio (k). La delazione dell'eredità del figlio alla madre è in questo caso sospesa finchè la sorella non si decida (l).

Cambiata l'antica successione della madre rispetto al figlio, fu necessario cambiare quella del figlio rispetto alla madre *(iura successionis sunt reciproca)*.

Il figliuolo per diritto civile non ereditava dalla madre; e secondo il diritto pretorio ereditava nell'ordine *unde cognati*.

Il SC. Orfiziano sotto M. Aurelio cambiò questa successione nel senso che i figliuoli le succedevano escludendo i consanguinei ed i prossimi agnati della madre; lasciato solo al patrono di una liberta il diritto di concorrere coi figliuoli di lei (m).

È totalmente indifferente in questa successione che i figliuoli siano legittimi o naturali (n).

III. Questo era il sistema di successione secondo il diritto civile. Vedemmo in altro luogo (§. 217.) come si costituì per opera de'Pretori un altro sistema di succedere con tutte le partizioni del sistema di diritto civile: esamineremo qui dunque la *bonorum possessio ab intestato*.

Nella *bonorum possessio ab intestato* il pretore fissò quest'ordine:

1) *Bon. poss. unde liberi*. Data ai *sui*, tra i quali il pretore per finzione annoverò anche gli emancipati, onde sostituì il nome più generico di *liberi* a quello spe-

(h) §. 3. Inst. de SC. Tert. (3. 3.).—ved. not. prec.—L. 2. §. 15. L. 3. h. t. (38. 17.). — L. 10. de suis et leg. hered. (39. 16.). — L. 2. C. h. t.

(i) §. 3. Inst. h. t.—ved. not. (g). — L. 7. C. h. t.

(k) *Paul*. IV. 9.—*Ulp*. XXVI. 8. §. 2.—T. Inst. SC. Tertull. (3. 3.).

(l) L. 2. §. 18. h. t. *Ulp* Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus, vel emancipatus, si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex Senatusconsulto una cum ea venire, patrem excludi placet; si consanguinea repudiet, matrem ex Senatusconsulto propter patrem non venire, et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit, necne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam; consanguinea enim est, quae patrem excludit. Repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre, quasi cognata; sed et in hac moram patietur, nec ante accipiat bonorum possessionem, quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex Senatusconsulto succedere.

(m) Per contrarium autem, ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, Senatusconsulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est divi Marci temporibus; et data est tam filio quam filiae legittima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt, et praeferuntur consanguineis et agnatis defunctae matris. — L. 1. §. 9. ad SC. Orph. (38. 17.).

(n) L. 1. §. 2. h. t.— §. 3. Inst. h. t. (3. 4.). Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc Senatusconsulto admitti. — Pr. Inst. de SC. Orph. (3. 4.).

ciale di *sui*. L'ordine di successione fu determinato in analogia del diritto civile, per lo che la successione non spetta a quel discendente, cui precede un altro più vicino al defunto. Quando un figlio è emancipato ed ha lasciato figli sotto la potestà dell'avo, questi sono *sui* e per conseguenza i soli eredi secondo il diritto civile; ma il diritto pretorio fece concorrere i figliuoli e il padre come persone indipendenti; per modo che il figlio del defunto emancipato eredita come *suo* e cede una metà della sua porzione ai proprii figliuoli. Quando un liberto lasciava figli adottivi, il patrono aveva una *bonorum possessio contra suos non naturales* per la metà della eredità (n).

2) *Bon. poss. unde legitimi*. In quest' ordine sono chiamati gli eredi stessi che per diritto civile: n'era escluso il *capite minutus*, poichè non poteva essere considerato come legittimo; in quest'ordine andava pure la *gens;* per la successione de' liberti eranvi chiamati il patrono la patrona e loro discendenti, e qui ancora era compreso il *parens manumissor* del mancipio.

Al *parens manumissor extraneus* erano preferite *decem personae*, cioè i *sui*, gli emancipati, gli ascendenti fino al secondo grado, i fratelli e le sorelle (o).

3) *Bon. poss. unde proximi cognati*. In quest'ordine erano chiamati quei parenti che aveano col defunto il solo vincolo di sangue fino al sesto grado inclusivo, e del settimo il solo *sobrino natus*. In quest'ordine ereditavano i figli di una defunta, finchè pel SC. Tertulliano ed Orfiziano non furono compresi tra i liberi ed i *legitimi*. Ereditavano ancora gli agnati *capite minuti*, e le donne *ultra consanguinitatis gradum* (p). Ai liberti non succedevano che i soli discendenti: per essi non vi è *servilis cognatio*.

4) *Bon. poss. tanquam ex familia*, quest'ordine di eredi è tutto de' liberti, ed accenna alla successione degli agnati del patrono che tenevano luogo di *gens*.

5) *Unde vir et uxor*. In quest'ordine veniva chiamato il coniuge superstite, tanto per gl'ingenui quanto pei libertini (q).

(n) L. 1. pr. de coniungendis cum emanc. lib. (37. 8.). *Ulp.* Si quis ex his, quibus bonorum possessionem Praetor pollicetur, in potestate parentis, quum moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in eiusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit, neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi eius, bisque duotaxat bona sua conferat.—*Gai.* Inst. III. §. 11.

(o) *Gai.* Inst. III. 27. 28. — §. 3. Inst. de bon. poss. (3. 9.). Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae: prima, quae praeteritis liberis datur vocaturque *contra tabulas;* secunda, quam omnibus iure scriptis heredibus praetor pollicetur, ideoque vocatur *secundum tabulas*. Et quum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus et iis, qui ex edicto praetoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem, quae vocatur *unde liberi:* secundo legitimis heredibus: tertio decem personis, quas extraneo manumissori praeferebat sunt autem decem personae hae: pater, mater; avus, avia, tam paterni quam materni; item filius, filia; nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia; frater, soror, sive consanguinei sive uterini: quarto cognatis proximis: quinto *tum quem ex familia:* sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus: septimo viro et uxori: octavo cognatis manumissoris.

(p) Pr. Inst. de succes. cognat. (3. 5.). — D. unde cognati (38. 8.). — C. unde legit. et unde cogn. (6. 15.). — L. 9. pr. eod. §. 7. pr. Inst. de SC. Tertull. (3. 3.).

(q) T. D. unde vir et uxor (38. 11.). *Ulp.* Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium oportet; ceterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam

6) Finalmente la *bon. poss. unde cognati manumis*, che venivano eccettuati dalla legge Furia (r).

IV. I due sistemi di successione furono in seguito modificati da più recenti costituzioni imperiali.

1) Secondo il SC. Orfiziano i soli figli avevano il diritto di ereditare il patrimonio della madre; ma una costituzione di Valentiniano, Teodosio ed Anastasio considerò i nipoti come i più prossimi eredi de'loro avi materni e dell'ava paterna, prendendo la porzione del loro predefunto genitore; essi erano però obbligati a lasciare un terzo ai figliuoli chiamati esclusivamente secondo il diritto anteriore, ed in mancanza di questi a lasciare una quarta parte agli agnati dei loro avi (s). Tutto ciò fu però abolito da Giustiniano (t).

2) La successione della madre *ex SC. Tertulliano* fu più tardi in un senso ristretta ed in un altro allargata. Costantino infatti ordinò che la madre, avente il *ius liberorum*, non dovesse concorrere solamente con la sorella consanguinea, ma ancora col *patruus* e suoi discendenti fino al terzo grado senza riguardo alla *capitis deminutio*, di guisa che ella non riceveva che due terzi. Dall'altra parte la donna, la quale non avea il sopraddetto diritto ebbe un limitato diritto di successione, mentre prima n'era affatto priva; in questo caso il *patruus* e gli altri agnati del figlio ricevevano due terzi ed un terzo la madre. In analogia del *patruus* Valentiniano ordinò che anche il fratello emancipato del defunto dovesse concorrere con la madre, ricevendo un terzo della eredità del fratello defunto; nel medesimo tempo fu modificata la costituzione di Costantino, in quanto che si stabilì che la madre anche quando non avesse il *ius liberorum* dovesse lasciare solo un terzo al *patruus* ed agli altri agnati.

In fine Giustiniano ordinò che la madre per ereditare dal proprio figliuolo non avesse più bisogno del *ius liberorum;* che essa esclude dalla successione il *patruus* e gli agnati, ed eredita con i germani del defunto, in guisa che se concorre con i fratelli e sorelle ella riceve una porzione virile, se concorre con le sorelle solamente riceve la metà. In caso che vi esista anche il padre, la successione si ricambia in questo modo: se il figlio defunto era *filius familias* il padre riceverà tutto l'usufrutto e la proprietà sarà divisa come or ora si è veduto; se al contrario il figlio è un *homo*

bonorum possessio peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri bereditas, vel secundum tabulas peti bonorum possessio potest; nibil enim capi propter iniustum matrimoninm potest. Ut sutem baec bonornm possessio locnm habeat, nxorem esse oportet mortis tempore; sed si divortium quidem secutum sit, veruntamen iure durat matrimonium, baec successio locum non habet. Hoc autem in buiusmodi speciebus procedit: liberta ab invito patrono divortit; lex Iulia de maritandis ordinibns retinet istam in matrimonio, dnm esm probibet alii nnbere invito patrono; item Iulia de sdulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto hsbet. — C. h. t. (6. 18.).

(r) *Ulp*. Fragm. Vat. §. 301.

(s) L. 4. C. Theod. de legit. hered. (5. 1.). — L. 9. C. de suis et seg. lib. (6. 55.). — §. 15 Inst. de hered. qui ab int. (3. 1.).

(t) L. ult. C. eod. *Iust.* Quotiens aliquis vel aliqua intestatus vel intestata mortuus vel mortua fuerit, nepotibns vel pronepotibns cuiuscunqne sexus, vel deinceps aliis descendentibus derelictis, quibus *unde liberi* bonorum possessio minime competit, et insuper ex latere qnibuscunque agnatis, minime possint iidem qnartam partem hereditatis mortuae personae sibi vindicare, sed descendentes soli ad mortni snccessionem vocentnr. Quod tantum in futuris, non etiam praeteritis negotiis servari decernimns.—conf. §. 16. Inst. h. t.

sui iuris tutta la proprietà ed un terzo dell'usufrutto ai germani, e due terzi dell'usufrutto al padre ed alla madre (u).

Da tuttociò si scorge come l'intiero diritto di successione fu accettato da Giustiniano nella sua legislazione, e come venne finalmente rimutato con le Novelle 118, e 127.

SEZIONE II.

Successione testamentaria.

Stryk, **de cautelis testamentorum. —** ***Westphal***, **teoria del diritto romano de'testamenti, Lipsia 1790.—** ***Rosshirt***, **eredità testamentaria presso i Romani, Heidelberga 1840.**

I. Dell'atto di ultima volontà in generale.

§. 230.

A. Concetto del testamento, ***TESTAMENTI FACTIO*** **activa e passiva**

T. Inst. quibus non permettitur facere testamenta (2. 12.). — D. qui testamenta facere possunt (28. 1.). — C. qui testamenta facere possunt vel non (6. 22.).

1) Intendiamo per testamento un atto di ultima volontà, il quale contiene l'istituzione dell'erede, ossia la nomina giuridicamente valida di chi dovrà rappresentare la persona del testatore dopo la sua morte.

Affinchè quest'atto esista in diritto bisogna:

a) che contenga l'istituzione dell'erede; così che non vi ha testamento senza questa istituzione, nè si dà istituzione di erede senza testamento;

b) che il testatore sia capace, capacità che le leggi nominano *testamenti factio activa;*

c) che l'erede istituito sia anch'egli capace: abbia cioè la *testamenti factio passiva;*

(u) L. 1. 7. C. Theod. de leg. hered. (5. 1.). — §. 3. Inst. de SC. Tertull. (3. 3.). Sed quum antea constitutiones, iura legitima perscrutantes, partim matrem adiuvabant, partim eam praegravabant, et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus, tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant; nobis visum est, recta et simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint, sive sola cognationis iura habentes, ut, quemadmodum eam toti alii ordini legitimo praeposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus; ita tamen, ut, si quidem solae sorores agnatae vel cognatae, at mater defuncti vel defunctae supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant; si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima sive sola cognationis iura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur eius hereditas.

2) Nel testatore la *testamenti factio activa* può mancare tanto per motivi naturali, quanto per motivi di legge.

a) Manca la *testamenti factio* per motivi naturali: 1) ai mentecatti, i quali sono da Giustiniano considerati idonei solo nei lucidi intervalli (a); 2) ai prodighi, i quali sono equiparati ai primi. Per prodigo, come fu notato, non si voglia intendere colui che in effetto dilapida il suo patrimonio, ma quegli ch' è stato giudiziariamente riconosciuto per tale; onde, perchè il prodigo riacquistasse la capacità di fare testamento, non è sufficiente il ritorno alla vita regolare, ma la formale abolizione della cura (b); 3) agli impuberi secondo la gradazione dell'età (§. 19.); 4) ai sordi-muti, i quali non avevano questa capacità per diritto antico, tranne quando veniva loro concessa per privilegio del principe (c). Pure Giustiniano concesse al sordo, al muto, e anche al sordo-muto, quando l'infermità non fosse congenita, di fare testamento purchè i due ultimi lo scrivessero di proprio pugno, e il sordo lo dettasse a voce: confermò l'incapacità assoluta del sordo-muto nato (d).

b) Non ha facoltà di fare testamento per condizione giuridica il figlio di famiglia, tranne quando avesse un peculio castrense o quasi castrense, e non per eccezione alla regola, ma perchè rispetto a questi due peculii il figlio è riputato padre di famiglia (e).

(a) L. 9. C. qui testamenta facere possunt vel non. (6. 22.). *Iust.* Furiosum in suis induciis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit. Nunc autem hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos movit, si coepto testamento furor eum invasit. Sancimus itaque, tale testamentum hominis, qui in ipso actu testamenti adversa valetudine tentus est, pro nihilo esse. Sin vero voluerit in dilucidis intervallis aliquod condere testamentum vel ultimam voluntatem, et hoc sana mente et inceperit facere et consummaverit, nullo tali morbo interveniente, stare testamentum sive quamcunque ultimam voluntatem censemus, si et alia omnia accesserint, quae in huiusmodi actibus legitima observatio sequitur.

(b) L. 18. pr. qui testamenta facere possunt (28. 1.). *Ulp.* Is, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest, et si fecerit, ipso iure non valet; quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, quum neque testamenti factionem habeat. — §. 2. Inst. quibus non permitt. facere test. (2. 12.).

(c) L. 7. h. t. *Macer.* Si mutus aut surdus, ut liceret sibi testamentum facere, a principe impetraverit, valet testamentum. — L. 4. de test. mil. (29. 1.).

(d) L. 10. C. h. t.—§. 3. Inst. h. t. Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt: utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit; nam et mutus is intelligitur, qui loqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Saepe autem etiam literati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt; unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam eius possint testari, aliaque facere, quae iis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus, aut surdus esse coeperit, ratum nihilominus eius permanet testamentum.

(e) Pr. Inst. h. t. Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii, qui alieno

c) Manca la *testamenti factio activa* allo schiavo, e per conseguenza anche al prigione di guerra; manca inoltre al peregrino, il quale nondimeno potrebbe testare secondo le leggi dello Stato, al quale appartiene. Però si perde la *testamenti factio* per effetto delle pene che producono la *capitis deminutio maxima et media* (f).

d) Manca la *testamenti factio* ad alcuni per pena speciale, come a certi apostati ed eretici quali i Manichei (g).

e) Sono *intestabiles* i pasquillanti (h).

f) Quegli che commette incesto non può istituire eredi che i figliuoli legittimi (i).

g) Da ultimo è negata la *testamenti factio* a colui che, sebbene ne abbia la capacità, in sua coscienza non è certo di averla (k),

3) Per la validità del testamento bisogna che la capacità esista nel punto che si compila l'atto: perdendosi dopo, il testamento sarà nullo, se la perdita avvenne per *capitis deminutionem;* ma se la incapacità di testare sopravviene per altri impedimenti, il testamento varrà (l).

4) Appartiene al contenuto del testamento l'istituzione dell'erede, il

iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem, ut, quamvis parentes iis permiserint, nihilo magis iure testari possint; exceptis iis, quos antea enumeravimus, et praecipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris acquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere: quod quidem ius initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti, quam Nervae, nec non optimi imperatoris Traiani, postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. — L. 16. pr. h. t. — L. 3. §. 1. L. 11. 12. C. h. t. — conf. L. 26. §. 1. de test. milit. (29. 1.).

(f) Ved. L. 6. §. 6. ss. de iniusto rupt. irr. test. (28. 3.). — L. 1. §. 2. de leg. (32.). *Ulp.* Hi, quibus aqua et igni interdictum est, item deportati fideicommissum relinquere non possunt, quia nec testamenti faciendi ius habent, quum sint ἀπόλιδες *(extorres)*. — L. 8. §. 1. qui test. fac. poss. (28. 1.). — L. 7. §. 3. de interd. et releg. (48. 22).

(g) L. 4. §. 5. C. de haer. et man. (1. 5.). *Arcad.* et *Honor*. Ergo et supremo illius scriptura irrita sit sive testamento, sive codicillo, sive epistola, sive quolibet alio genere reliquerit voluntatem, qui Manichaeus fuisse convincitur. — L. 3. C. de apostatis (1. 7.). — Nov. 115. c. 3. §. 14.

(h) L. 18. §. 1. qui test. fac. (28. 1.). *Ulp.* Si quis ob carmen famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.

(i) L. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.). — Nov. 12.

(k) Ulp. XX. 11. — L. 14. 15. h. t. (28. 1.). *Paul.* Qui in testamento domini manumissus est, si ignorat, dominum decessisse, aditamque eius esse hereditatem, testamentum facere non potest, licet iam paterfamilias et sui iuris est; nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest. *Ulp.* de statu suo dubitantes et errantes, testamentum facere non possunt ut D. Pius rescripsit. — L. 1. pr. de leg. (32.).

(l) L. 2. 6. §. 1. L. 8. §. 1. 2. L. 18. pr. h. t. (28. 1.). *Gai.* Surdus, mutus testamentum facere non possunt; sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilominus permanet testamentum. — L. 4. h. t. (6. 22.).

quale dev' essere idoneo ad essere istituito, condizione anche indispensabile per la validità del testamento. Oltre ciò che generalmente fu detto sulla idoneità di succedere, in questo luogo si debbono notare i seguenti casi d' incapacità:

a) Nella esistenza di figliuoli legittimi i figli naturali non potranno essere istituiti insieme con la concubina per più di $^1/_{12}$ del patrimonio, e la concubina sola per più di $^1/_{24}$; se si è mancato contro questo divieto della legge, il di più sarà dato agli eredi legittimi. L'esistenza di altri parenti legittimi oltre ai discendenti non impedisce l' istituzione dei figliuoli naturali, purchè si riservi agli altri parenti la loro porzione legittima (m). Parlando qui la legge di figliuoli naturali, la disposizione non si deve estendere ad altri figliuoli non legittimi, prima perchè il *ius singulare* non ammette analogia, secondo perchè per gli altri non si potrebbe trovare la *paritas rationis*.

b) Il coniuge del *binubus* non può da questo ricevere più di quello ch' ebbe il figliuolo del primo letto (§. 115.).

c) Il marito di colei che si rimaritò prima dell'anno del lutto non può essere istituito per più di un $^1/_3$ del patrimonio di essa (§. 115.).

d) Secondo un'orazione di Pertinace l'imperatore non può essere istituito erede *litis causa* (n).

e) Non possono essere istituiti eredi i postumi già concepiti con una donna che non si può più sposare, e che al momento in cui fu scritto il testamento era già maritata con un altro (o).

f) Le persone giuridiche in generale non sono idonee ad essere istituite eredi; una serie di senatoconsulti concesse nondimeno la *testamenti factio passiva* ai collegi, municipii ed altre persone morali, ma sempre come un *ius singulare* (p).

(m) Nov. 89. C. 12.

(n) §. 8. Inst. quib. mod. test. infirmat. (2. 17.). Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem eius, qui litis causa principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura, cui iuris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum haec divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: *licet enim* inquiunt, *legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus*. — L. 91. de hered. inst. (28. 5.).

(o) §. 28. Inst. de legat. (2. 20.). — L. 9. §. 1. 3. de liber. et post. (28. 2.). *Paul.* Sed si ex ea, quae alii nupta sit, postumum quis heredem instituit, ipso iure non valet, quod turpis sit institutio.

(p) L. 12. C. de hered. inst. (6.24.). *Leo.* Hereditatis, vel legati, seu fideicommissi, aut donationis titulo domus, aut annonas civiles, aut quaelibet aedificia, vel mancipia ad ius inclytae urbis vel alterius cuiuslibet civitatis pervenire possunt. — L. 24. C. de Episc. et clericis (1. 3.).

ANNOTAZIONE

Per l' intelligenza de' testi bisogna che fin dalla legge Giulia e Papia Poppea si facesse distinzione tra idoncità d'essere istituito, e capacità di acquistare in persona dell' erede; in altri termini bisogna distinguere colui che non poteva essere istituito erede assolutamente o relativamente a determinate persone, da colui il quale non può acquistare per testamento (q).

Non è difficile presso i Romani incontrare siffatta diversità eziandio nelle espressioni. E però quando essi parlano di mancanza della idoneità d'essere istituito erede, adoperano la frase: *mihi cum Titio non est testamenti factio*; quando parlano di mancanza di capacità rispetto all' acquisto, dicono: *Titius nil capere potest ex meo testamento*. Pure, siccome poi dalla mancanza d' idoneità d' essere istituito consegue necessariamente la mancanza della capacità ad acquistare, molte volte questa vale ad esprimere ancora la mancanza di *testamenti factio passiva;* la parola *capere* inoltre viene pure riferita a colui il quale acquistava *iure antiquo* (r). La pratica importanza di tale distinzione è che l'idoneità, ossia la capacità d'essere istituito erede, bisogna che sia nella persona al tempo della compilazione del testamento; dovechè la capacità è sufficiente che sia al tempo che la eredità dev' essere acquistata (s).

a) Sono considerate come persone incapaci dell' acquisto dell' eredità secondo la legge Giulia e Papia: il celibe, l' *orbus* ed il *pater solitarius*. Celibe è colui, il quale non è ammogliato nè ha figli; l' *orbus* è l' uomo ammogliato ma senza prole; il *pater solitarius* è colui che ha figli ma non è ammogliato. Il celibe è perfettamente incapace (t); l' *orbus* può solamente acquistare una metà di quanto gli fu lasciato (u); è dubbio quanto abbia potuto acquistare il *pater solitarius*, ma è probabile che avesse potuto solo acquistare come l' *orbus* una metà di quanto gli veniva lasciato.

b) I coniugi tra loro potevano solamente *capere* la decima parte, l'usufrutto di un terzo di tutto il patrimonio, anzi *quandoque liberos habuerint* la proprietà di questa terza parte. Oltre a ciò per ciascun figlio vivente del primo matrimonio e per ciascun figlio comune morto, finchè non erano più di due, e lo stesso era morto dopo il *dies nominum* o prima di compiere i tre anni, poteano acquistare un' altra decima parte. Questa determinazione della legge Giulia e Papia Poppea per l' isti-

(q) Ved. *Müller*, sulia natura della donazione per causa di morte, Giessen 1827. v.—*Schröter*, giornale di Giessen II. pag. 120. — *Vangerow*, Latini Iunlani pag. 112. — *Hunger*, dirillo di suecessione pag. 228.

(r) *Gai.* Inst. II. 110.—*Ulp.* fragm. XVII. 1.—§. 4. Inst.de hered.qualit. (2.19.).—L. 29. §. 2. L. 82. §. 2. de legalis (31.). *Cels.* Si filio heredi pars eius a quo nominalim legalum est, accrescit, non praeslabit legatum, qnod *iure antiquo capit.*

(s) L. 52. de legat. (31.). — L. 62. pr. L. 78. §. 3. do hered. inst. (28. 5.). — L. 11. de vulg. et pup. subst. (28. 6.). *Paul.* Si is, qui heres institutus est, filio substiluius sit, nihil oberil el in subslitutione, si tunc eapere possil, quum filius deeessit; conira quoque polest poenas in lestamenlo pupilli pali, licel in patris passus non sit.—L.22.de mort.caus. don. (39.6.).—L. 3. §. 2. de iure fisel (49. 14.).—*Ulp.* fragm. XVII. II. XXII. 3.

(t) *Gai.* Insl. II. 111. 144. 286.—*Ulp.* fragm. XX. 3.

(u) *Gai.* Inst. 1. 286.

tuzione dell' erede fu estesa più tardi da un senatoconsulto alla *mortis causa donationes*, e dal SC. Pegasiano ai fidecommessi (v).

c) Dalla legge Giulia Norbana vennero dichiarati *incapaces i Latini Iuniani;* anche questa determinazione si circoscriveva in origine all'istituzione dell'erede ed ai legati, ma fu posteriormente estesa anche ai fidecommessi (w).

d) Per ordine di Domiziano venne tolta alla *femina probosa* il *ius capiendi legata hereditatesque,* e per un rescritto di Adriano ad una simile donna era negato tale diritto anche in un testamento militare; ella al contrario aveva sempre il diritto di succedere ai figliuoli per SC. Tertulliano (x).

Questi casi d' incapacità, eccetto quello della donna *probosa* e quello degl' indegni, non esistono più nella legislazione giustinianea (y). Pure tutta questa dottrina diventa per noi un giusto criterio d' interpretazione, affinchè non si frantendessero i testi.

Così non è difficile sentire questo principio: che colui al quale manca la *testamenti factio passiva* si può istituire erede sotto condizione che addivenisse capace, ossia acquistasse la *testamenti factio*: argomentandosi dalla legge 62 *de hered. inst.* e specialmente dalle parole *L. Titius quum capere potuerit heres est.* Decisivamente questa legge parla di *capacità* ossia della facoltà di acquistare e non della idoneità di essere istituito erede, ed il significato di essa dev' essere assolutamente limitato al detto concetto: sicchè colui il quale manca di *testamenti factio* non può essere istituito neppure a condizione che addivenisse idoneo più tardi. Questa condizione era efficace solamente quanto alla capacità di acquistare, poichè allora il tempo da guardare dovea essere il momento dell' acquisto.

Erano incapaci ancora secondo il diritto romano anteriore a Giustiniano le *personae incertae* in quantochè esse non potevano essere considerate nè come eredi, nè come legatarie, il che fu esteso da Adriano anche ai fidecommessi (z). Persone incerte erano quelle, intorno alle quali il testatore non sapea nulla di preciso: tra le quali si annoveravano quelle che doveano determinarsi per contigenze avvenire, o per dati indizii, i poveri ch' ebbero poi il diritto di ricevere per testamento da Valentiniano, i prigionieri, ecc. (aa).

De' *postumi*, come persone incerte, si facevano due ordini, *postumi sui*, e *postumi alieni;* i primi poteano anzi doveano essere istituiti nel testamento; i secondi non già per diritto civile, ma potevano avere la *bonorum possessio secundum tabulas* per diritto pretorio (bb).

(v) L. 35. de mort. caus. donat. (39. 6.).—*Gai.* II. §. 286.

(w) *Gai.* I. 23. 24. II. 110. 285. e 275.—*Ulp.* fragm. XVII. 1. XXII. 3. XXV. 7.

(x) L. 41. §. 1. de testam. mil. (29. 1.). *Tryphon.* Mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut Divus Hadrianus rescripsit. — L. 2. §. 1. ad SC. Tertull. (38. 17.).

(y) L. 1. C. de inf. poen. cael. et orb. (8. 58.). — Nov. 78. c. 5.

(z) *Gai.* Inst. II. 238. 242. 287.—*Ulp.* fragm. XXII. 4. XXIV. 18. XXV. 13. — §. 25. Inst. de legat. (2. 20.)

(aa) L. 14. de reb. dub. (34. 5.). *Marcian.* Si quis ita scripserit: *illis, qui testamentum meum signaverint, heres meus decem dato*, Trebatius utile legatum esse putat; quod Pomponius verius esse existimat, quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis; quod verum esse existimo. — L. 24. 39. C. de episc. et cler. (1. 3.).—*Ulp.* fragm. XXII. 4. XXIV. 18.

(bb) Pr. Inst. de bon. poss. (3. 9.). Ius bonorum possessionis introductum est a praetore

Finalmente erano persone incerte le persone giuridiche, ma di queste molte furono credute capaci di ricevere per testamento.

Nella legislazione giustinianea per quanto possiamo ricavare da alcune notizie di una costituzione di Giustiniano *de incertis personis*, il testo della quale non è pervenuto all' età nostra, possiamo affermare, che della prima categoria di persone incerte non è a far più menzione; e che dei postumi furono dichiarati idonei anche i *postumi alieni* con la limitazione notata nel testo; come ancora i collegi e le persone morali (cc).

B. Requisiti per un valido testamento.

§. 231.

1) Dell' idoneità della volontà, e dell' influenza della violenza, dell' errore e della frode.

Affinchè una disposizione di ultima volontà sia perfetta, conviene prima di ogni altro che sia il risultato del libero arbitrio; nel dubbio si deve risalire al tempo in cui fu scritta e indagare se la determinazione del testatore fu libera; senza che è nulla. Consegue non esser valida quella disposizione che dipende assolutamente dalla volontà di un terzo, come quando il testatore dica: istituisco A. mio erede se B. lo vuole; consegue ancora che potendo la volontà sottostare all'influenza della violenza dell' errore e della frode, s' hanno ad osservare le regole seguenti:

1) Nel caso che il testatore sia stato costretto dalla forza a cambiare o a scrivere un testamento, la violenza per sè stessa mena alla rescindibilità dell' atto, distinguendo:

a) se la violenza fu esercitata da tutti gli eredi, l' eredità sarà devoluta al fisco (a);

b) se degli eredi alcuni solamente hanno usato violenza, al fisco saranno devolute le porzioni di costoro, senza toccare a quelle degli altri (b).

emendandi veteris iuris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, quum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet quum a praetore adiuvabatur: sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus. — L. 3. de bon. poss. secundum tab. (37. 11.). — confr. L. 6. pr. de inoff. test. (5. 2.). — L. 25. §. 1. de lib. et post. (28. 2.).

(cc) Ved. L. un. de incertis personis (6. 48.).

(a) L. 1. §. 2. Si quis aliquem testari (29. 6.). — L. 19. de his quae ut indignis auf. (34. 9.). — Ved. not. (c).

(b) L. 1. §. 1. h. t. (29. 6.). — Ved. not. seg.

In ogni caso il fisco che subentra è tenuto alla prestazione dei legati commessa all' erede escluso (c).

2) Quanto all' errore, fa d' uopo stabilire una regola contraria a quella già determinata per gli atti tra vivi, la regola cioè che qualunque disposizione testamentaria fatta sotto l' influenza dell' errore è nulla, reputandosi che non si sarebbe presa, se non vi fosse stato il motivo erroneo, fosse l'errore anche di fatto.

Le principali conseguenze di questa regola rammentate ne'testi sono:

a) Se qualcuno è istituito in un testamento a motivo di una qualificazione erronea, creduto p. e. dal testatore suo proprio figlio o fratello, dovechè in effetti non è tale, tutta la disposizione è di nessun momento (d). All' incontro la diseredazione di un figlio è nulla, quando avvenne perchè il testatore non lo riteneva come tale (e). Una legge di Tiberio affatto arbitraria fa eccezione a questa regola, disponendo che istituito erede uno schiavo creduto libero, ed a lui sostituito un altro, entrambi ereditano ciascuno per la metà (f).

b) Nulla è ancora la disposizione testamentaria, quando il testatore errò sulle qualità della cosa disposta; p. e. legò una cosa altrui che egli reputava sua propria, il legato è nullo, eccetto quando fosse in favore di un parente prossimo, *cui legaturus esset, etsi scisset rem alienam esse* (g).

c) Finalmente devesi considerare nulla quella disposizione che il testatore non avrebbe presa se avesse conosciute le vere condizioni di chi

(e) L. 16. §. 2. de his, quae ut indiguis (34. 9.). *Papin.* Quum heredis uomen mutata voluntate paterfamilias incisis tabulis induxisset, atque ideo fisco portiouis emoiumeutu n adiudicatum fuisset, eam rem legatariis nou obesse, qui retinuerant voluutatem, Divo Ma co placuit, et ideo cum suo onere fiscum succedere. — L. 60. §. 1. de coud. et demonstr. (35 1.). — L. 3. §. 5. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 14. de iure fisel (49. 14.).

(d) L. 5. C. de test. (6. 23.). — L. 4. 7. C. de hered. inst. (6. 24.). *Gordian.* Si pa er tuus eum quasi filium suum heredes instituit, quem falsa opinioue ductus suum esse crede at, non instituturus, si alieuum uosset, isque postea subdititius esse ostensus est, aufereudan ei successionem, divi Severi et Autouiui placitis coutiuetur.

(e) L. 14. §. 2. L. 15. de lib. et post. (28. 2.). *Afric.* Si quis ita scripserit: *ille, q em scio ex me natum non esse, exheres esto*, haue exheredationem ita uullius momenti esse ai si probetur ex eo natus; non enim videri quasi filium exheredatum esse, quum elogium pat , quum filium exheredaret, proposuisset, et adiecisset, propter eam causam exheredare, probat que patrem circa causam exheredationis errasse.

(f) §. 4. Iust. de vulg. subst. (2. 15.). Si servum alieuum quis patremfamiliss bitratus heredem scripserit, et, si heres non esset, Maevium ei substituerit, isque servus iuss domini adierit hereditatem, Maevius iu partem admittitur. Illa enim verba *si heres non erit* eo quidem, quem alieno iuri subiectum esse testator scit, sic accipiuutur: si neque ipse l es erit, neque alium heredem effecerit; iu eo vero, quem patremfamilias esse arbitratur ill significant: si hereditatem sibi eive, cuius iuri postea subiectus esse coeperit, nou acquisi . Idque Tiberius Caesar iu persoua Parthenii servi sui coustituit.—L. 4. §. 41. de her. inst. (. 5.).

(g) §. 4. Inst. de leg. (2, 20.).—L. 67. §. 8. de legat. (31.). —L. 10. C. de lega 6. 37.).

nominò erede: come quando il testatore ha istituito erede un estraneo credendo che non avesse figli (h); ovvero quando fa un testamento nella credenza che l' erede istituito nel testamento anteriore più non esistesse (i).

3) Perciò che s' attiene alla frode non mutano menomamente i principii generali.

Sia che il testatore fosse stato per frode impedito di fare o cambiare, sia che fosse stato obbligato per frode a fare o cambiare una disposizione, saranno applicabili le regole stabilite riguardo alla violenza (k).

§. 232.

2) Dell' espressione della volontà.

L' espressione della volontà nel testamento deve corrispondere esattamente al pensiero del testatore (a), e dev'essere perfetta in forma e contenuto.

I. In rapporto al primo requisito, cioè che devono le espressioni della volontà corrispondere al pensiero non si voglia intendere ch' egli deve adoperare le più proprie locuzioni, ma che la disposizione è nulla quando o l' espressione è equivoca tanto da non poter avere un qualunque significato, ovvero quando la espressione è chiara, ma dà un risultato contrario alla vera volontà del testatore: così la disposizione è nulla quando il testatore ha istituito erede tale, a cui egli punto non pensava, ovvero quando ha preso disposizione sopra cose che in realtà non aveva in mente (b). Con tutto ciò si notano molte modificazioni a questo principio.

1) Quando la erronea espressione consiste in ciò che si è adoperato un falso nome proprio, se è chiara la volontà del defunto, quel falso nome adoperato non nuoce alla validità del testamento, poichè i nomi proprii sono arbitrarii e mutabili (c); dovechè i nomi appellativi sono così con-

(h) L. 28. de inoff. test. (5. 2.). *Paul.* Quum mater militem filium falso audiisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset, Divus Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere, ita ut libertates et legata praestentur. Hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adiicitur; nam quum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet. L. 9. 10. C. de test. mil. (6. 21.).

(i) L. 92. de hered. inst. (28. 5.).

(k) Ved. L. 1. §. 1. 2. L. 2. pr. §. 2. L. 3. si quis aliquem test. prohib. (29. 6.). — Ved. not. (a).

(a) L. 73. §. 3. de R. I. (50. 17.). *Scaev.* Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent.

(b) L. 9. pr. §. 1. de her. inst. (28. 5.). *Ulp.* Et si in re quis erraverit, utputa dum vult lancem, vestem leget, neutrum debebit: hoc sive ipse scripsit, sive scribendum dictaverit.

(c) L. 4. pr. de legat. (30.). *Ulp.* Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro

giunti col concetto e la sostanza della cosa che non sta nell' arbitrio di nessuno poterli cambiare (d).

2) Tutto ciò che si è detto dei nomi proprii si dica per la *demonstratio; falsa demonstratio non nocet* (e).

3) Quando il testatore ha espressa un' altra quantità di quella che aveva in mente, la sua volontà deve essere preferita allo scritto (f).

4) Il medesimo principio bisogna che si applichi al caso in cui il testatore ha espressa una condizione che pure non aveva in mente, una tale condizione dev'essere considerata come non messa (g); quantunque questo principio sembri che si applicasse dai Romani per il testamento *per aes et libram*, nondimeno essendo accettato da Giustiniano devesi applicare indistintamente a tutti i testamenti. Se all'incontro una disposizione è stata fatta incondizionatamente, quando evidentemente il testatore voleva sottoporla ad una condizione, secondo i principii stabiliti tutta la disposizione sarebbe di nessun momento. Ove nondimeno il testatore dichiarasse solamente ch' egli vorrebbe sottoporre a condizione la sua disposizione, e non l'abbia fatto, la disposizione medesima verrà riguardata come realmente fatta senza condizione (h).

Semproniano nominavit, debebitur Sempronlanus; sed si in corpore erravit, non debebitur. Quodsl quis, quum vellet vestem iegare, suppellectiiem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, anri appellatione electrum vel auricbalcum contineri, vel quod est stultius, vestis appcilatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabnla immutabiiia suut, bominum mutabilia. §. 29. Inst. de legatis (2. 20.). — L. 7. §. 2. de suppeilect. legat. (33. 16.). — L. 4. C. de test. (6. 23.). — L. 7. §. 1. C. de legat. (6. 37.).

(d) L. 4. de legat. elt. (30.). — ved. not. pree.—L. 7. §. 2. de suppell. leg. (33. 16.).

(e) L. 17. pr. §. 1. L. 33. pr. L. 34. de cond. et demonstr. (35. 1.). *Gai.* Demonstratio falsa est, veluti si ita scripium sit: *Servum Stichum, quem de Titio emi; fundum Tusculanum, qui mihi a Seio donatus est;* uam si constat, de quo bomine, de quo fundo senserit testator, ad rem non pertlnet, si is, quem emisse siguificavit, donatus esset, aut, quem donatum sibl esse significaverat, emerit. §. 1. Igitur et si ita servus legatus sit: *Stichum coquum, Stichum sutorem Titio lego*, licet neque coquus, neque sutor sit, ad legatarium pertiuebit, si de eo sensisse testatorem conveniat; nam et si iu persoua legatarii designanda aiiquid erratum fuerit, constat autem, cui legare voluerit, periude valet legatum, ac si nulius error interveniret.—§.30. inst. de leg. (2. 20.). — L. 48. §. 3. de hered. inst. (28. 5.). — L. 3. 5. C. de fals. caus. adi. (6. 44.).

(f) L. 9. §. 2-4. de hered. inst. (28. 5.). — L. 15. pr. de legat. (30.). *Paul.* Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam scripsit; Proculus recte ait, posse defeudi quartam legatam, quia inesset dimidiae. Idem erit, et si quinquagiuta voluit iegare, et ceutum scripta sint, quinquaginta euim debebuntur. Sed et si plus iegare voiuit, et miuus scripsit, valebit legatum. §. 1. Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de postuma sentiret, si ea non est nata, superstiti soiidum debebitur.

(g) L. 5. de bered. inst.

(h) L. 8. C. de cond. et subst. (6. 25.). *Iust.* Si testamentum ita scriptnm inveniatur: *ille heres esto secundum conditiones infra scriptas*, si quidem nihil est adiectum, neque aliqua

II. L' integrità dell' espressione si deve riguardare rispetto alla solennità e rispetto al contenuto dell' atto.

In quanto al primo punto vale il principio che quando esistesse un semplice progetto di testamento senza la solenne forma legale, la disposizione è nulla, anche quella che di per sè non avrebbe bisogno di forma alcuna (i); oltre a ciò devesi ritenere anche come nulla quella disposizione, la quale sebbene servasse tutte le determinazioni della legge in rapporto alla forma, dovea secondo la mente del testatore essere compita con altre formalità arbitrarie; poichè, finchè tali formalità non sono state aggiunte, in mente del testatore tutta la disposizione era ancora un disegno, e non un formale testamento. Quanto alla integrità rispetto al contenuto, il testamento è di nessun momento quando manca la istituzione dell'erede, ovvero quando si scorge evidentemente che il testatore voleva istituire altri eredi (k). Se al contrario manca nel testamento un legato che il testatore aveva in mente, poichè l' istituzione del legato non è necessaria all' integrità del testamento, la disposizione sarà mantenuta in vigore per la nota massima: *utile per inutile non vitiatur.*

§. 233.

a) Del Senatoconsulto Liboniano.

T. D. de lege Cornelia de falsis et de SCto Liboniano (48. 10.); — C. de his qui sibi adscribunt (9. 23.). — *Mascov.* de his qui sibi adscribunt in testamento ad explicationem SC. Liboniani, Lips. 1731.—*Daniels*, de SCto Liboniano, *eiusque* casu hereditariae. Bon. 1791.

Potendo facilmente accadere, nel caso che il testamento fosse scritto da un altro, che il *testamentarius* scrivesse la propria volontà invece di quella del testatore per farne a sè venire un immediato o un mediato vantaggio, in frode di coloro che voleva istituire il testatore, un senatoconsulto conosciuto col nome di SC. Liboniano stabilì che qualunque dispo-

conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem.

(i) L. 29. pr. qui test. fac. poss. (28. 1.). *Paul.* Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse.—L. 11. §. 1. de legat. (32.).

(k) L. 25. qui test. fac. poss. (28. 1.). *Iavol.* Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varus Digestorum libro primo Servium respondisse scripsit; itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare: ego nec Servium puto aliud sensisse.

sizione in favore di un *testamentario* era inefficace: e più tardi per mezzo di un editto di Claudio si ordinò che il *testamentario* sarebbe sottoposto alla legge Cornelia *de falsis*. Su questo proposito è da notare che il senatoconsulto Liboniano non fa nessuna distinzione in caso di un *adscriptio*, se la disposizione è valida, o nulla; questo è certo che il testamento dev'essere perfetto (a).

2) Al senatoconsulto Liboniano sono sottoposti non solo gli estranei, ma anche il figlio, o il patrono del testatore che facesse quest' ufficio, sebbene costoro in caso di preterizione avessero *la bonorum possessio contra tabulas;* se al contrario queste tali persone avessero operato contra il senatoconsulto, ossia si fossero ascritti in qualche porzione ereditaria o legato nel testamento da esse scritto, perdono anche la *bonor. poss. contra tabulas* (b).

Non è necessario che il *testamentarius* fosse egli stesso scritto nel testamento, ma è sufficiente che vi fosse qualche persona per mezzo della quale egli potesse realmente acquistare, quindi non si anderà soggetto al SCt. Liboniano quando si ascrive un legato allo schiavo pel caso della libertà e al figlio per causa di emancipazione. Ma vi andrà soggetto il *testamentario* quando acquista per un altro come in qualità di figlio di famiglia ecc. (c).

3) Va soggetta al senatoconsulto non solo quella disposizione per mezzo della quale il *testamentario* riceve un vantaggio, ma ancora quella per cui egli come erede instituito sottoscrive la diseredazione di un figlio, o una concessione di libertà o l' *ademptio* di un legato, ovvero conferma un codicillo anteriore, in cui è a lui fatto un legato (d).

(a) L. 6. pr. h. t. *African.* Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit; nam et eum teneri constat, qui eo testamento, quod postea ruptum, vel etiam quod initio non iure fieret, legatum sibi adscripserit. Hoc tamen tunc verum est, quum perfectum testamentum erit; ceterum si non signatum fuerit, magis est, ut Senatusconsulto locus non sit, sicuti nec interdictum de tabulis testamenti exhibendis locum habet. Prius enim oportet esse aliquod testamentum vel non iure factum, ut Senatusconsulto locus sit; nam et falsum testamentum id demum recte dicitur, quod, si adulterinum non esset, verumtamen testamentum recte diceretur; similiter igitur et non iure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, iure factum diceretur.

(b) L. 6. §. 3. L. 14. §. 2. h. t.

(c) L. 10. 15. pr. L. 22. §. 5. h. t. *Macer.* De eo, qui ei, in cuius potestate est, eique, qui in eadem potestate est, adscripserit, nihil Senatusconsultis cavetur; sed hoc quoque casu committitur in legem, quia huius rei emolumentum ad patrem dominumve pertinet, ad quem pertineret, si filius servusve sibi adscripsissent.

(d) L. 6. §. 1. 2. L. 22. §. 6. 7. h. t. *Afric.* Si institutus heres exheredationem nominatim filii vel aliarum personarum adscribit, Senatusconsulto tenetur. §. 2. Similiter et is, qui libertatem sua manu ademit servi testatoris, et maxime cui a se legata vel fideicommissa data erant, Senatusconsulto tenetur

4) Se si è operato contra il senatoconsulto, non solo si sarà soggetto alla *L. Cornelia de falsis*, ma dippiù la disposizione che mediatamente o immediatamente apporta un vantaggio al *testamentario*, è considerata come non scritta (e). Quel legato adunque che si trova fatto al *testamentario* e ad un terzo in comune sarà eseguito solamente in favore del terzo: per la stessa ragione vengono mantenute le sostituzioni e le restituzioni fidecommissarie (f).

In alcuni casi viene condonata la pena e mantenuta la disposizione: 1) quando il *testamentarius* è l'unico erede legittimo del testatore (g); 2) quando il testatore conferma la disposizione fatta in vantaggio del *testamentario*; la quale conferma, trattandosi di discendenti può essere generale, ma trattandosi di estranei è necessario che sia *speciale* (h).

C. Determinazioni accidentali negli atti di ultima volontà.

§. 234.

1) Delle condizioni in un testamento.

TT. D. de conditionibus institutionum (28. 7.); — De conditionibus et demonstrationibus . . . quae in testamento scribuntur (35. 1.); — C. de institutionibus et substitutionibus sub conditione factis (6. 25.); — De conditionibus insertis tam in legatis quam fideicommissis et libertatibus (6. 46.).

I. Quantunque i principii sulle condizioni esposte nella parte generale (§. 51. ss.) siano applicabili alla teoria della successione testamenta-

(e) L. 1. de his, quae pro non script. (34. 8.). *Iulian.* Si quis hereditatem vel legatum adscripserit, quaeritur, an hereditas vel legatum pro non scripto habeatur, et quid, si substitutum habeat huiusmodi institutio? Respondit: pars hereditatis, de qua me consuluisti, ad substitutum pertinet; nam Senatus, quum poenas legis Corneliae constitueret adversus eum, qui sibi hereditatem vel legatum scripsisset, eodem modo improbasse videtur, quo improbatae sunt illae: *qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto*, ut perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuisset.

(f) L. 14. §. 1. 2. in fin. L. 17. h. t. — L. 5. de his quae pro non script. hab. (34. 8.). *Paul.* Quod quis sibi adscripserit, si alii restituere a testatore iussus est, cum onere fideicommissum id apud heredem remanet, quamvis pro non script esset; idem est et in testamento militis.

(g) L. 1. C. h. t. *Antonin.* Quamquam ita interpretentur iurisperiti, ut contra legem Corneliam videatur se scribere heredem filius emancipatus patre dictante, tamen si, quum testamentum non esset scriptum, iustus successor futurus esset accepta bonorum possessione filius patri, perinde habebitur, atque si sua manu pater tuus te heredem scripsisset, functus dulci officio.

(h) L. 15. §. 1. 3. L. 22. §. 9. h. t. — L. 2. C. h. t. *Anton.* Si testator codicillis, quos scripsisti, legatum quoque seu fideicommissum reliquisse tibi sua manu adscripsit, non videris in poenam senatusconsulti incidisse. Quodsi testamentum dictasse codicillis significavit, legato quidem vel fideicommisso abstinere debes, poena vero falsi tibi principali beneficio remittitur.

ria, vi sono in questa notabili modificazioni che bisogna indicare particolarmente. È da osservare che alcune condizioni sono considerate come non messe negli atti di ultima disposizione, dovechè avrebbero tutt'altra efficacia negli atti tra vivi; altre condizioni annullano qualunque disposizione testamentaria.

Oltre le condizioni notate nella parte generale sono considerate come non messe le seguenti:

1) Le condizioni risolutive; almeno nella istituzione dell'erede, poichè nei legati hanno tutto il loro valore non altrimenti che negli atti tra vivi. Questo concetto si fonda sulla nota massima *semel heres semper heres,* la quale sarebbe distrutta da una condizione risolutiva (a).

2) Le condizioni naturalmente o fisicamente impossibili, non che la *conditio turpis* dichiarata tale secondo i principii generali (b): quando che sono cagione di nullità negli atti tra vivi. Intorno a queste condizioni fa d'uopo ancora osservare i seguenti punti.

a) Quando la condizione è solo relativamente impossibile *(conditio falsa),* per le ultime disposizioni vale la regola ch'essa allora è considerata come non messa, quando era già impossibile prima che la disposizione testamentaria fosse scritta o fu resa impossibile dalla medesima istituzione. Se al contrario la condizione è addivenuta impossibile dopo che si è fatto il testamento, deve considerarsi piuttosto come una condizione possibile non adempiuta, e per conseguenza nuoce all'erede, senza distinguere se la condizione addiviene impossibile durante la vita del testatore o dopo la sua morte (c).

(a) L. 88. de hered. instit. (28. 5.). — Confr. *Gai.* Ei, qui solvendo non est, aliquo casu evenit, ut et servus cum libertate heres existat, et praeterea alius heres adiiciatur, veluti si servo cum libertate herede instituto ita adiectum sit: *Si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto;* nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres extiterit, heres esse non potest; quum autem semel heres extiterit servus, non potest adiectus efficere, ut, qui semel heres extitit, desinat heres esse. — L. 3. §. 8. 9. 10. de minor. (4. 4.).

(b) Ved. L. 45. de hered. inst. (28. 5.). *Alph. Si Maevia mater mea, et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres esto;* Servius respondit, si testator filiam nunquam habuerit, mater autem supervixisset, tamen Titium heredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet. — L. 104. §. 1. de legat. (30.). — L. 6. §. 1. L. 72. §. 7. de cond et demonstr. (35. 1.). — L. 6. de statulib. (40. 7.). — L. 3. §. 2. infin. de lib. et post. (28. 2.). — § 10. Inst. de her. inst. (2. 14.). — L. 3. 6. infin. de condit. et demonstr. (35. 1.). — L. 16. fin. de iniust. rupt. test. (28. 3.). — L. 1. 9. 14. 20. pr. de cond. Inst. (28. 7.). *Marc.* Conditiones contra edicta Imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent, scriptae, vel quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut huiusmodi quas Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur; et perinde, ac si conditio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve. — L. 5. §. 4. quando dies. (36. 2.). — L. 135. de R. I. (50. 17.).

(c) L. 23. §. 2. ad L. Aquiliam (9. 2.) — L. 6. §. 1. L. 31. 72. §. 4. 7. L. 94. pr. de condit.

b) Quando l'impossibilità della condizione è passeggiera, e può cessare, valgono per gli atti di ultima volontà gli stessi principii che negli atti tra vivi (§. 51. pag. 136.), contando sempre dalla data del testamento, con la differenza che quando la condizione era impossibile prima della data dell'ultima disposizione deve considerarsi come 'non scritta; dovechè si considera come deficiente se da possibile addiviene impossibile prima dell' adempimento.

c) In caso che la condizione fosse solo in parte impossibile, la parte impossibile varrà come non scritta, la possibile sarà una valida condizione (d). Se al contrario dopo il testamento la condizione addiviene in parte impossibile, si deve riguardare come deficiente come se in tutto fosse addivenuta impossibile.

3) Secondo la legge Giulia e Papia Poppea non regge la condizione di non contrarre matrimonio (e): ma la condizione di non congiungersi con una determinata persona è valida (f).

4) La condizione di dimorare sempre in un luogo, ovvero di scegliere domicilio in una determinata città (g).

5) Tutte le condizioni contrarie alla Novella 115; ma di ciò più innanzi.

6) Finalmente la condizione alternativamente messa con una di quelle che devono esser considerate come non scritte; per contra quando è messa cumulativamente con una di quelle cóndizioni, dev' esser adempiuta (h).

et demonstr. (35. 1.). *Hermog.* Qnnm ita datur libertas: *Si Titio, qui non est heres, decem dederit*, certa persona demonstratur, ac propterea in persona eius tantum conditio impleri potest. Sane si, qnnm cesserit dies, pecuniam conditioni comprehensam statuliber babuerit, iure constituto nulli dando consequitur libertatem. Diversa causa est legatarii, in cuius persona placuit conditionem deficere, si, antequam dederit legatarius pecuniam, Titius moriatur. —L. 39. §. 4. de stat. lib. (40. 7.).—L. 4. C. de cond. insert. (6. 46.).—Ved. *Mühlenbruch*, XLI. pag. 137.—*Savigny*, sist. III. pag. 191.

(d) L. 45. de hered. inst. (28. 5.).—Ved. not. (b).—L. 6. §. 1. de condit. et demonstr. (35. 1.).

(e) L. 22. L. 64. §. 1. L. 72. §. 5. L. 74. 77. §. 2. L. 100. de cond. et demonstr. (35.1.).—*Ter. Clem.* L. 64. §. 1. Quodsi ita scriptum esset: *Si Ariciae non nupserit*, interesse, an fraus legi facta esset; nam si ea esset, quae alibi nuptias non facile possit invenire, interpretandum, ipso iure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum; legem enim utilem Reipublicae, sobolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione.

(f) L. 63. pr. L. 64. pr. eod. *Gai.* Quum ita legatum sit: *Si Titio non nupserit*, vel ita: *si neque Titio, neque Seio, neque Maevio nupserit*, et denique si plures personae comprehensae fuerint, magis placuit, cuilibet eorum si nupserit, amissuram legatum, nec videri tali conditione viduitatem iniunctam, quum alii cuilibet satis commode possit nubere.

(g) L. 71. §. 2. eod. *Papin.* Titio centum relicta sunt ita: *ut a monumento meo non recedat*, vel: *uti in illa civitate domicilium habeat;* potest dici, non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur: sed in defuncti libertis alio iure utimur.

(h) L. 8. §. 4. 5. de cond. inst. (28. 7.). *Ulp.* Si quis sub iurisiurandi conditione, et prae-

Altre condizioni rendono nulla la disposizione testamentaria: esse sono, oltre le *conditiones perplexae* le quali come ogni atto tra vivi annullano ancora qualunque disposizione testamentaria (i), le seguenti:

1) ogni condizione non potestativa aggiunta alla istituzione di un *suus heres;*

2) la condizione che pone la disposizione testamentaria esclusivamente sotto la volontà di un terzo;

3) alcune volte anche una condizione impossibile specialmente quando è evidente esser stata questa la intenzione del testatore (k).

II. Intorno all' adempimento delle condizioni fa mestieri osservare i seguenti principii:

1) Quando la condizione è indipendente dalla volontà dell'erede, può validamente adempirsi in qualunque tempo, anche durante la vita del testatore (l). Quando dipende dall'erede, la condizione dev'essere adempiuta dopo la morte del testatore (m); essa è equiparata alle condizioni eventuali quando il testatore non aveva in mente appunto l'adempimento *si nupserit, si liberos susceperit* (n).

Se una di quelle condizioni, che possono adempiersi durante la vita

terea sub alia sit institutus, huic videndum est, an remittatur conditio; et magis est, ut remitti iurisiurandi conditio debeat, licet alii conditioni parendum habeat. §. 5. Sed si sub iurisiurandi conditione sit institutus, aut si decem (millia) dederit, hoc est alternata conditione, ut aut pareat conditioni, aut iuret; aliud quid videndum, numquid remitti ei conditio non debet, quia potest alteri conditioni parendo esse securus; sed est verius, remittendam conditionem, ne alia ratione conditio alia eum urgeat ad iusiurandum.

(i) L. 16. de cond. inst. (28. 7.). *Marc. Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto;* Iulianus inutilem esse institutionem scribit, quum conditio existere non possit.

(k) L. 4. §. 1. de statuliberis (40. 7.). *Paul.* Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit; aut si tam difficilem, imo paene impossibilem conditionem adiecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit, veluti si heredi mille dedisset, aut, quum moreretur, liberum esse iussisset; sic enim libertas inutiliter datur; et ita Iulianus scribit, quia nec animus dandae libertatis est. — Confr. L. 61. pr. de manum. testam. (40. 4.). — *Mühlenbruch*, XII. pag. 134.

(l) L. 2. 10. §. 1. L. 11. §. 1. de condit. et demonstr. (35. 1.). *Ulp.* Conditionum quaedam sunt, quae quandoque impleri possunt etiam vivo testatore, utputa: *Si navis ex Asia venerit,* nam quandoque venerit navis, conditioni paritum videtur; quaedam, quae non nisi post mortem testatoris: *Si decem dederit, si Capitolium ascenderit,* nam, ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam; nam, si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati.

(m) L. 2. 11. §. 1. eod. — Ved. not. prec.

(n) L. 10. pr. L. 36. 61. 67. 91. eod. *Ulp.* Si vir uxori ad tempus liberorum legaverit, dubitari potest, an de his duntaxat filiis sensisset testator, qui post mortem eius nati fuissent, an et de his, qui vivo eo ab eo suscepti fuissent post testamentum factum, quum manente matrimonio decessisset; verum aequum est proficere, sive vivo marito, sive post mortem nascantur. — L. 7. C. de inst. et subst.

del testatore, è già avvenuta alla data del testamento non sapendolo, sarà validamente adempiuta (o).

2) Quando lo stesso testatore ha determinato il tempo dell'adempimento, la condizione si terrà come deficiente se non avviene nel tempo stabilito dal testatore. Onde non vale un adempimento posteriore: e la condizione che si avvera prima del tempo stabilito, se è affermativa, ed è stato fissato un termine assoluto per l'adempimento, verrà sempre riguardata come non adempiuta; non così se è stato dato un periodo di tempo p. e. un biennio e la condizione si avvera prima di scorrere due anni; essa dee esser considerata come adempiuta (p). Se la condizione è negativa si deve attendere al pensiero del testatore; se è casuale quando fino al punto determinato è impossibile il fatto contrario, si terrà come adempiuta; se è potestativa bisogna osservare il tempo determinato per dirsi adempiuta (q).

3) Quando il testatore non ha assegnato un tempo all'adempimento, per la condizione casuale bisogna accettare quello che nasce dalla natura stessa della cosa, cioè dev'essere adempiuta durante la vita dell'erede o del legatario (r); per la condizione potestativa, bisogna distinguere l'istituzione di erede dal legato; per questo la condizione dev'essere necessariamente adempiuta *quam primum potuerit ;* dovechè questa limitazione non è applicabile all'istituzione dell'erede, il quale potrà adempirla quando vorrà (s).

Alle volte la condizione si ritiene come adempiuta, quantunque il fatto che ne formava l'oggetto non sia venuto alla esistenza. Oltre i casi veduti nella teoria generale delle condizioni (§. 52.) appartengono a questa categoria i seguenti:

(o) L. 10. §. 1. L. 11. eod.

(p) L. 41. §. 1. de manum. test. (40. 4.). *Pomp.* Sed si ita sit scriptum in testamento: *Stichus, servus meus, heredi meo mille numos anno, biennio, triennio, postquam ego mortuus ero, si solverit, satisve fecerit, liber esto*, non potest is servus, nisi triennio praeterito, liber esse, nisi praesentem eam pecuniam solvat, aut satisfaciat; compensanda etenim est heredi libertatis celeritas praematurae pecuniarum solutioni.

(q) L. 8. 10. 99. §. 1. de verb. obl. (45. 1.). *Pompon.* Si ita stipulatus fuero: *decem aut quinque dari spondes?* quinque debentur; et si ita : *kalendis Ianuariis , vel Februariis dari spondes?* Perinde est, quasi kalendis Februariis stipulatus sim.

(r) L. 59. 109.de cond. et demonst. (35. 1.).—L. 4.pr. L.13. quando dies (36.2.). *Pompon.* Huiusmodi legatum: *sive illud factum fuerit , sive non fuerit , illi do lego*, ad heredem non transit, nisi alter casus vivo legatario exiterit , quoniam causa , ex qua debeatur , praecedere semper debet, nec, quia certum est, alterutrum futurum, omnimodo debebitur; nam tale legatum: *quum morietur heres dato,* certum est, debitum iri , et tamen ad heredem legatarii non transit, si vivo herede decedat. — L. un. §. 7. C. de caduc. toll.

(s) L. 29. de cond. et demonstr. (35. 1.). *Iulian.* Haec conditio: *si in Capitolium ascenderit*, sic recipienda est , si quum primum potuerit Capitolium ascendere. — L. 4. §. 2. L. 5. de hered. inst. (28. 5.).

1) quando la condizione consiste in ciò che l'erede o il legatario devono compire qualche azione in favore di un terzo, se questi rinuncia, la condizione si ritiene adempiuta (t); e

2) nelle condizioni potestative negative, il cui adempimento si prolungherebbe senza limiti, giacchè dovrebbero reputarsi adempiute quando fosse impossibile per l'erede o legatario l'azione contraria, e per ordinario la possibilità del contrario dura quanto la vita. Ciò può essere contrario all' intenzione del testatore, e può avvenire che non adempiendosi la condizione durante la vita dell' erede o legatario, questi non acquisteranno mai, nè per conseguenza acquisteranno i loro eredi.

Per ovviare a questo inconveniente si è stabilita la *cautio Muciana*, detta così dal suo autore *Mucio Scevola:* il cui concetto fondamentale è quando da una disposizione è manifesto che il testatore non pensava di tenere il beneficato per tanto tempo sotto una condizione potestativa negativa, questa deve considerarsi come adempiuta, purchè l'erede o il legatario promettano di non fare quella determinata azione, e dieno sicura cauzione di restituire quanto han ricevuto con tutti i frutti, quante volte non mantengano la promessa. Ciò si applica:

1) Quando la *conditio non faciendi* è concepita in modo che solamente la morte del legatario rende impossibile l'azione contraria (u).

2) Quando la *conditio non faciendi* consiste in ciò che l'erede o legatario debba astenersi da qualche azione, che suppone già l'acquisto dell'eredità o del legato. Esempio per l'istituzione dell'erede può esser questo, *si servum* HEREDITARIUM *non alienaverit ;* prima che l'erede non accetti l'eredità, non è possibile la condizione di servo della eredità (v).

3) Quando poi il contenuto della *conditio non faciendi* consiste in ciò che l'inscritto nel testamento non debba eseguire una tal cosa verso una persona determinata, p. e. se non si scioglie dalla moglie, se non sposa Sempronia ec., essendo l'adempimento di tale condizione possibile anche

(t) L. 3. 11. de cond. inst. (28. 7.). *Iulian.* Si quis testamento hoc modo scripserit : *filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto ; si non adoptaverit, exheres esto*, et filio parato adoptare Titius noiit se arrogandum dare, erit filius heres quasi expleta conditioue.—L. 13. pr. de aunuis legat. (33. 1.).— L. 14. 31. 45. 78. de cond. et demoust. (35. 1.). — L. 5. §. 5. quando dies (36. 2.). — L. 3. §. 1. de statutib. (40. 7.). — L. 1. C. de inst. sub cond. (6. 25.).

(u) L. 76. §. 7. de legat. (31.). — L. 79. §. 2. de cond. et demonst. (35. 1.). — L. 73. Nov. 22. c. 44.

(v) L. 73. de cond. et demonst. (35. 1.).— L. 65. §. 1. ad SC. Treb. (36. 1.). *Marcian.* Si testator rogasset heredem, ut restituat hereditatem mulieri, si non nupsisset , dicendum erit, compellendum heredem, si suspectam dicat hereditatem, adire et restituere eam mulieri, etiamsi nupsisset. Idem in ceteris quoque conditionibus Iulianus noster probat, quae similiter nisi fine vitae expleri non possent; secundum quam sententiam cautione praestita his, quorum interest , ab his, quibus restitui sub iisdem conditionibus heres rogatus esset, restituet hereditatem.

durante la vita dell'erede o del legatario, si attende l'adempimento medesimo, quando questa fosse stata pure l'intenzione del testatore (w). Nondimeno per eccezione se questa terza persona determinata è strettamente congiunta coll'erede o col legatario, da sembrare impossibile che il testatore avesse voluto metterli per mezzo di siffatta condizione in posto di sperare la morte del congiunto, la condizione allora si terrà come adempiuta mediante la cauzione Muciana (x).

La cauzione Muciana è ammessa non solo in favore dei legatarii, ma ancora in favore dell'erede, e quantunque anche senza essa questi potesse avere mediante cauzione la *bonor. poss. secundum tabulas* (y), a lui la *cautio Muciana* non è inutile. La *bonorum possessio* ha questo di particolare, che se l'erede muore *pendente conditione* è di nessun effetto; dovechè per mezzo della cauzione Muciana la condizione si reputa adempiuta, e segue realmente l'adizione della eredità, sebbene l'avveramento del fatto contrario costringesse alla restituzione dell'eredità con tutti i frutti.

Per la cauzione Muciana l'erede istituito deve sottostare a tutte le restrizioni osservate nei legati, cioè che bisogna attendere l'effettivo adempimento della condizione, quando è manifesta l'intenzione del testatore a questo riguardo, e quando specialmente la condizione può adempiersi durante la vita dell'erede.

La cauzione Muciana dev'essere data a colui, *ad quem iure civili deficiente conditione id legatum cave hereditas pertinere potest* (z) (2).

III. In generale la condizione, aggiunta ad una disposizione di ultima volontà, rimette la delazione dell'eredità al tempo del suo adempimento coi medesimi principii notati nella parte generale a questo riguardo (§. 52.).

(w) L. 106. de eond. et demonstr. (35.1.). *Iulian.* Hoe genus legati: *si Titio non nupserit*, perinde habendnm est, ae si post mortem Titii legatum fuisset, et ideo nee Mneiana satisdatione interposita capere legatum potest; sed et alii nubendo, nihilo minus legatum eonsequitur.— L. 72. §. 2. L. 73. 101. §. 3. eod. L. 65. §. 1. ad SC. um. Trebell. (36. 1.).

(x) L. 72. pr. §. 1. de eond. et demonst. (35. 1.). *Papinian.* Quum tale legatum esset relietnm: *Titiae si a liberis non discesserit*, negaverunt, eam recte eavere, quia vel mortuis liberis legati eonditio possit existere; sed displieuit sententia, non enim voto matris opponi tam ominosa non interponendae eautionis interpretatio debuit. §. 1. Et quum patronus liberto eertam pecuniam legasset, si a liberis eius non discessisset, permisit Imperator velnt Mueianam eautionem offerri; fuit enim perieulosum ae triste, libertum eoninnetum patroni liberis eorundem exspectare.

(y) L. 23. de hered. inst. (28. 5.). *Pompon.* Si quis institnatur heres in diem eertum vel incertum is, bonorum possessionem agnoscere potest, et tanquam heres distrahere hereditatem. — L. 3. §. 13. de honor. poss. eont. tab. (37. 4.). — L. 2. §. 1. L. 5. pr 6. 10. 12. de bon. poss. see. tub. (37. 11.).—L. 12. qui satisdare (2. 8.).—L. 8. pr. de stipul. servor (46.5.).

(z) L. 18. de eond. (35. 1.).

ANNOTAZIONI

(1) Sulla condizione risolutiva alcuni giuristi moderni stabiliscono la teoria, che essa nei legati come nella istituzione di erede si debbe convertire in una condizione sospensiva (aa).

Il fondamento di siffatta opinione sembra essere il seguente: pel legato è non solamente riconosciuto espresso, che tale condizione non ha forza risolutiva (bb); ma sarebbe anzi la sua conversione in sospensiva riconosciuta in molti passi (cc): nè ciò si opporrebbe alla legge 26. C. cit. (6. 36); poichè qui non si tratterebbe di un legato condizionale, ma di un legato a termine. Per la istituzione dell'erede mancano certamente leggi espresse: ma poichè è senza contesa accettato, che le condizioni valgono più secondo l'intenzione che secondo la parola del testatore, una condizione espressa risolutivamente (Tizio sarà mio erede fino che avvenga questo fatto) non deve intendersi secondo la parola, perchè osta alla legge 88 *de hered. instituend.*, ma devesi intendere come se il testatore avesse imposta una condizione sospensiva (Tizio dev' essere mio erede se un tal fatto non si avvera); tanto più ch'è appunto lo stesso, ricevere una cosa immediatamente e restituirla quando segue un determinato fatto, o riceverla per sempre quando è certo che tal fatto più non seguirà. Per la qual cosa il mutare una condizione risolutiva in sospensiva non solo corrisponde alla natura stessa delle cose, ma devesi pure ammettere per analogia della teoria dei legati.

Contro quest' opinione si oppone che:

a) Prima di ogni altro la teoria fonda sopra un falso supposto; in quanto che tutte quelle leggi citate non parlano mica di condizione risolutiva, ma di una *ademptio* condizionale, il che è cosa molto diversa. Una tale *ademptio* avviene p. e. quando il testatore prima dicesse: io ho intenzione di dare 100 a Tizio e poi soggiungesse: Tizio non deve avere i 100, se si avveri questa o quell'altra contingenza. Che tuttociò valga come se avesse detto Tizio non deve avere i cento se non si avvera una determinata condizione (il fatto contrario alla detta contingenza) è chiaro abbastanza; onde i giuristi romani levarono a massima che un' *ademptio* condizionale contiene una *datio* sotto la condizione opposta. Da tale sospensiva negativa condizione si distingue la risolutiva (Tizio deve avere 100 fino a tanto che non si avvera un determinato fatto).

Ora che quest' ultima si potesse convertire in sospensiva, mancano veramente testimonianze legali. Molto più la condizione risolutiva o il *tempus ad quod* non era ammesso in un legato: divieto tolto da Giustiniano, poichè nella legge 26. Cod. cit. si parla di legati ad *tempus incertum*, che è già una condizione risolutiva (dd).

(aa) *Wening*, *Ingenheim*, Annal. di prat. civ. I. g.—*Zimmern*, eod. VII. 7.—*Hunger*, diritto di succes. I. §. 20. amm. 5.

(bb) L. 55. de legatis (30).

(cc) L. 10. 14. de adim. vel trasf. leg. (34. 4.). *Iulian.* Si legatum pure datum Titio adimatur sub conditione, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis conditio defecerit, ad heredem Titii legatum non pertinebit; nam legatum quum sub conditione adimitur, perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset.—L. 107. fin. de cond. et demonstr. (35. 1.).— L. 6. pr. quando dies legat. (36. 2.).

(dd) L. 55. de legat. (30). — L. 44. de Act. et obl. (44. 7.).

b) Da tuttociò scende naturalmente che il fondamento della nuova teoria manca poi in ogni guisa per la istituzione dell'erede, e che erronei sono gli altri argomenti. Imperciocchè quantunque è certo che negli atti di ultima volontà debbesi aver riguardo molto più alla volontà del testatore che alle parole, pure questo principio non bisogna estenderlo al caso che le parole senza dubbio si oppongano alle leggi. Avendo la legge stabilito che, una volta erede, non si può cessare di essere tale, quando il testatore determina chiaramente, che l'erede debba cessare appena si avveri un fatto determinato, questa dichiarazione di ultima volontà dev'essere annullata: nè per nulla abbiamo il diritto d'interpretare quella non dubbia espressione in altro modo.

Quindi con ragione molti scrittori moderni si sono dichiarati contrarii a questa novella teoria (ee).

(2) In rapporto alla cauzione Muciana fa mestiere concentrare la nostra attenzione sopra un'animata e molto importante controversia. Si è detto che la cauzione dev'essere prestata a colui o a coloro, ai quali potesse ricadere il legato o l'eredità, sottoposta a condizione potestativa negativa.

Pel legato è agevole comprendere che la cauzione dev'essere data all'erede: nè è difficile il caso quando, per l'eredità, vi siano altri eredi istituiti nel medesimo testamento, poichè in questo caso la cauzione dev'essere data dall'erede condizionale agli altri eredi. Il difficile è quando vi fosse un solo erede istituito sotto la condizione potestativa negativa, e perfettamente sopra questo punto versa la quistione. Alcuni giuristi credono che in questo caso la condizione dev'essere considerata come impossibile, e per conseguenza come non messa, per la ragione, che non vi è persona alla quale si potesse dare cauzione, stantechè solamente i coeredi e non già pure i sostituti, e gli eredi *ab intestato* potrebbero aver diritto di ricevere la cauzione (ff). Altri all'incontro distinguono i sostituti dagli eredi *ab intestato*; ai primi l'erede dovrebbe dare la cauzione, rispetto ai secondi la condizione dev'essere riguardata come impossibile e per conseguenza come non messa (gg). Altri finalmente opinano che anche gli eredi *ab intestato* abbiano il diritto di ricevere la cauzione Muciana (hh).

Considerando la natura della cauzione Muciana ed alcune leggi non dubbie, sembra più esatta la seconda opinione, che la cauzione dev'essere prestata ai coeredi o al sostituto, in mancanza dei quali la condizione potestativa negativa dev'essere ritenuta per impossibile, salvo qualche caso speciale.

Prima di ogni altro debbesi ricordare il rigoroso principio: fin tanto che esiste la più lieve speranza di una successione testamentaria, non è caso di successione *ab intestato* (ii); onde prima che la successione testamentaria non cada, nessuno può dirsi erede *ab intestato*. Non così pel sostituto, poichè il diritto di costui avendo

(ee) Ved. *Thibaut*, Archivio di pr. civ. V. 13. VII. 19. — *Franke*, il diritto degli eredi necess. pag. 45. — *Rosshirt*, success. testam. I. pag. 301. — *Mühlenbruch*, comm. XL. pag. 190. — *Savigny*, sist. III. pag. 218. — *Puchta*, pand. §. 475. — *Vangerow*. Pand. §. 434. ann. 1.

(ff) *Donelli*, comm. iur. civ. VIII. c. 33. §. 21. — *Thibaut*, §. 254.

(gg) *Zimmern*, de caut. Muciana. pag. 33. — *Rosshirt*, I. §. 382. — *Fabricius*, origine delle *bon. poss.* pag. 65.

(hh) Ved. *Mühlenbruch*, XLI. pag. 195. — *Wening*, §. 459. — *Puchta*, Pand. §. 475.

(ii) L. 39. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). *Ulp.* Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. — L. 8. C. comm. de success. (6. 59.).

origine dalla medesima delazione del primo erede dev' essere egualmente riguardato, quantunque potesse estinguersi con la morte del sostituto prima dell'instituito. Qui adunque il sostituto è da considerarsi come un coerede, al quale per diritto è dovuta la cauzione.

Appartiene inoltre alla essenza della cauzione medesima che per mezzo della prestazione di essa si adempie la condizione potestativa negativa. Se adunque la prestazione di siffatta cauzione riuscisse impossibile, non essendovi alcuno a cui devesi prestare, l' adempimento stesso della condizione sarebbe impossibile.

Questi risultati sono in armonia delle leggi. Di fatti le leggi 8 pr. de stipul. pract. (46. 5.). e 11 *qui satisdare cog.* (2. 8.) stabiliscono che l' erede *ex asse* istituito sotto una condizione deve prestare cauzione al sostituto: ora non si potrà senza arbitrio escludere la cauzione Muciana dovuta per una condizione potestativa negativa. Che l' erede *ex asse* non sia tenuto a prestare cauzione agli eredi *ab intestato*, risulta da due leggi anche chiare abbastanza:

a) *Ulp*. L. 4. §. L. de cond. inst. (28. 7.). « Idem Iulianus scribit: eum, qui ita « heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi « impleri conditionem; ceterum *si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione* « *heredem institutum videri*, quae sententia vera est ». Coloro che contrariano questa opinione si sono provati ad interpretare diversamente il passo citato. Alcuni, seguendo *Bartolo* e *Voet*, vogliono supporre, che Ulpiano accettando l'opinione di Giuliano pensi al caso che non esistano eredi *ab intestato*. *Cuiacio* all' incontro dirige l' attenzione sulle parole *servus hereditarius*, sotto al qual nome comprende il servo appartenente alla *hereditas iacens;* ora la condizione messa all'erede *ex asse* di non alienare il *servus hereditarius* dev' essere considerata come impossibile, non potendosi mai operare contro di essa; non prima di entrare nella eredità, perchè il servo non appartiene ancora all'erede; non dopo poichè allora non è più *hereditarius* (kk).

È inutile dimostrare come queste interpretazioni sieno effetto di una idea preconcetta, alla quale volendosi far piegare le leggi, è necessario supporre casi non pensati dal legislatore. Non sono stati più felici coloro, che han seguito l' opinione del *Faber*, il quale argomenta così: La condizione *si servum hereditarium non alienaverit* ha questo carattere che non può essere adempiuta prima che l' erede entri nell'eredità; poichè prima, non potendosi alienare le cose ereditarie, il fatto contrario non è possibile. D' altra parte necessitando per essere erede adempiere la condizione, nasce una contrarietà di cose, per la quale, purchè vi sia un solo erede, la condizione è reputata impossibile. Ma questa conseguenza dettata solo dalla strana natura di tale condizione, non può divenire un principio generale per la *cautio Muciana*. In fatti se il testatore avesse espressa la condizione in questa guisa: *si servum suum non alienaverit*, l' erede *ex asse* dovrebbe allora prestare cauzione anche agli eredi *ab intestato* (ll). Questa argomentazione salta a piè pari la distinzione che *Ulpiano* fa nella legge tra *heres partiarius* ed *heres ex asse*, distinzione che costituisce il perno della decisione del giurista romano. In fatti i medesimi motivi della interpretazione di *Faber* nel qualificare impossibile quella condizione sarebbero applicabili anche quando nel testamento vi fossero coeredi; poichè, anche pel coerede istituito sotto la condizione: *si servum hereditarium non alienaverit* è impossibile

(kk) *Voet*. ad Pand. ad Tit. D. de cond. et demonst. §. —*Cujacii*, observat. iur. civ. I. h.
(ll) Ved. *Faber*, coniecturae, II. 16.—*Muhlenbruch*, cit.

il fatto contrario prima che entrasse nella eredità, e la condizione dovrebbe essere considerata come impossibile; ed allora a che la distinzione di Ulpiano, e più la sua decisione affermativa: *caventem coheredi impleri conditionem ?*

Il concetto fondamentale è invece che la condizione potestativa negativa si reputa adempiuta già con la prestazione della *cautio Muciana:* questo modo di adempimento nella condizione: *Si servum hereditarium non alienaverit* è possibile anche prima che l'erede entrasse nella eredità, purchè siavi qualcuno, a cui prestare cauzione. Se veramente l'erede *ab intestato* avesse diritto ad avere la cauzione, non vi sarebbe ragione di reputarla impossibile nemmeno per l'erede *ex asse.*

b) *Ulp.* L. 7. §. 1. de cond. et demonstr. « Unde si uxor maritum suum, cui do- « tem promiserat, ita heredem scripserit ex parte: si dotem, quam ei promisi, ne- « que petierit, neque exegerit denuntiare eum posse coheredi, paratum se accepto « facere dotem, vel cavere et ita adire posse hereditatem. Sed si ex asse sit institu- « tus maritus sub ea conditione, *quoniam non est, cui caveat, non impediri eum,* « *quominus adeat hereditatem; nam iure ipso impleta conditio videtur eo*, quod non « est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem ». Un identico caso tratta Labeone nella legge 20 de cond. inst., e dopo di aver determinato che l'*heres partiarius* adempie alla condizione per mezzo di accettilazione soggiunge: « Quod « si solus heres institutus esset in tali conditione nihilo minus puto statim eum he- « redem futurum, quia *conditio pro non scripta accipienda est.* Anche in questi passi adunque è fatta distinzione; se vi sono altri coeredi devesi prestare ad essi cauzione; se l'erede è solo istituto, non essendo alcuno che potesse ricevere la cauzione, la condizione è considerata come adempiuta, o meglio come non messa essendo da considerarsi impossibile.

Non ostante le chiare parole di questi due passi non sono mancate le diverse interpretazioni di coloro che sostengono la opinione contraria. Infatti, essi dicono, che il risultato delle leggi di Ulpiano e Labeone non è tratto propriamente dal principio non doversi la cauzione agli eredi *ab intestato*, ma molto più dal fatto che con l'entrare nella eredità la condizione si adempie necessariamente, perchè il credito del marito si estingue per mezzo della confusione che ne succede, nè vi è persona ch'egli possa convenire in giudizio. Ammettiamo da una parte che tale fondamento non fu estraneo al pensiero di Ulpiano, ma dubitiamo fortemente che per questo quella legge lasciasse di rafforzare il nostro assunto. Di vero la sola contingenza che in questo caso la condizione sarebbe adempiuta col solo entrare nella eredità, non potrebbe secondo lo stretto diritto dare al marito la facoltà di acquistarla; imperocchè è necessità di ogni condizione, ch'essa deve essere adempiuta prima di ereditare, nè quella specialità fa la condizione negativa potestativa differente dalle altre di simile natura, chè tutte vanno soggette alle medesime regole; per conseguenza anche la condizione potestativa negativa che sarebbe adempiuta coll'entrare nella eredità dovrebbe sottostare alla cauzione Muciana. Ora nel nostro caso se vi fosse alcuno che potesse pretendere la cauzione bisognerebbe indubbiamente prestarla per la detta necessità. Quando dunque è disposto che l'erede può acquistare la successione immediatamente, il vero fondamento giuridico non sta in ciò, che la condizione è adempiuta coll'entrare nella eredità; ma molto più che non vi è persona, a cui possa prestarsi la cauzione, e perciò la condizione addiviene impossibile (mm).

(mm) *Vangerow*, §. 436.

Conchiudendo adunque diciamo la cauzione Muciana doversi prestarsi sempre dal legatario all'erede; dall'erede ai coeredi o ai sostituti; in mancanza di essi doversi la condizione potestativa negativa reputare impossibile e per conseguenza come non messa.

Solo quando si tratta della *conditio viduitatis* la prestazione della cauzione è dovuta anche agli eredi *ab intestato* (nn); la quale disposizione deve aversi come singolare; così non dubbiamente la legge stessa dà addivedere nelle parole *ut undique lex habent propriam perfectionem.*

§. 235.

2) Della determinazione di tempo, e del modo.

§. 9. Inst. de hered. inst. (2. 14.). — Heres pure et sub conditione institui potest; ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti *post quinquennium quam morior, vel ex kalendis illis, vel usque ad calendas illas heres esto.* Denique diem adiectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse ac si pure heres institutus esset.

Savigny, Sist. III. pag. 204. ss. pag. 226. ss.—*Mühlenbruch*, comm. XL. pag. 188. ss. XLI. 269.

Anche la teoria del tempo ha una differente applicazione nelle successioni che negli atti tra vivi (§. 53.). Generalmente nei testamenti non è ammessa determinazione di tempo; il solo *dies incertus* dev'essere considerato come condizione e soggetto però alle regole di essa. La ragione è che dopo la morte del testatore è inconcepibile che la eredità stia senza essere rappresentata da un erede; molto meno che vi sia prima una successione *ab intestato* fino alla determinazione del tempo, e da questo *(dies a quo)* una successione testamentaria; ovvero per converso che vi sia prima una successione testamentaria fino ad un determinato giorno *(dies ad quem)*, e poi una *ab intestato;* poichè tutto ciò si opporrebbe alla nota massima *semel heres semper heres* (a).

In questa teoria non varrebbe l'analogia delle condizioni, le quali come la determinazione di tempo assoggetta a futuri avvenimenti la delazione della eredità; imperciocchè la condizione ha un effetto retroattivo, ed avvenuta, si riattacca alla morte del testatore, sicchè non vi sarà mai intervallo tra la morte del testatore e il devolversi dell'eredità; ciò che non avverrebbe per la determinazione di tempo la quale non ha effetto retroattivo come la condizione. Per rispettare i principii, fa mestieri considera-

(nn) L. 18. de cond. et demonst. (35. 1.). — Nov. 29. c. 44.

(a) L. 34. de hered. inst. (28. 5.). *Papinian.* Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio. — §. 9. Inst. de her. inst. (2. 14.).— Heres et pure et sub conditione institui potest. Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest (veluti *post quinquennium quam moriar*, vel *ex Calendis illis*, vel *usque ad Calendas illas heres esto*): denique adiectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse, ac si pure heres institutus esset.

re come non messo il *dies certus*, e dare il carattere di condizione con tutti i suoi effetti al *dies incertus* (b).

Tutto ciò vale per la istituzione dell'erede; dovechè nei legati è possibile la determinazione di tempo, in guisa che il legato viene acquistato dalla morte del testatore *(dies cedit)*, ma il godimento comincerà dal tempo determinato *(dies venit)*.

Nel testamento può essere aggiunto un'altra determinazione, il modo (§. 54.), all'esecuzione del quale l'erede può essere costretto indirettamente dal testatore stesso per mezzo di una pena (c), direttamente da colui, nell'interesse del quale è determinato il modo (d); ancora dai coeredi (e), e finalmente in caso di necessità dai magistrati (f). È considerato

(b) L. 75. de cond. et demonst. (35. 1.). — *Papinian.* Dies incertus conditionem in testamento facit.

(c) L. 6. pr. L. 27. de cond. et demonstr. (351.). *Alfen. Var.* In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii, fieret, nisi factum esset, heredes magna pecunia multari; et quum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum reperiebatur, sed Publii Septimii Damae erat, ad quod exemplum suspicabatur, eum, qui testamentum fecerat monumentum sibi fieri voluisse, quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret, et si ob eam rem nullum monumentum fecissent, quia non reperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur. Respondit, si intelligeretur, quod monumentum demonstrare voluisset is, qui testamentum fecisset, tametsi in scriptura non tam esset, tamen ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset, fieri debere; sin autem voluntas eius ignoraretur, poenam quidem nullam vim habere, quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam extaret; monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti extruere debere.

(d) L. 2. C. de his quae sub modo (6. 45.). *Gordian.* Ex his verbis: *Titio decem millia vel insulam relinquo, ita ut quinque millia ex his vel eandem insulam Maevio restituat*, licet antea neque legati neque fideicommissi petitio nascebatur, tamen in libertate a divo Severo hoc admissum est. Sed et in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex huiusmodi verbis, sive ad conditionem, sive ad modum respiciant, sive ad dandum, vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet in conditionibus post exitum earum. Sin vero legato aut fideicommisso relicto, testator legatarium seu, fideicommissarium prohibuerit heredem suum vel alium quendam debitum exigere, habet debitor adversus legatarium seu fideicommissarium agentem usque ad quantitatem relicti fideicommissi vel legati exceptionem. — §. 36. Inst. de leg. (2. 20.).

(e) L. 18. §. 2. L. 44. fin. famil. ercis. (10. 2.). *Ulp.* Idem quaerit, si quis testamento caverit, ut servus exportandus veneat, officio familiae erciscundae iudicis contineri, ut voluntas defuncti non intercidat. Sed et, quum monumentum iussit testator fieri, familiae erciscundae agent, ut fiat. Idem tamen tentat, quia heredum interest, quos ius monumenti sequitur, praescriptis verbis posse eos experiri, ut monumentum fiat. — L. 7. de annuis legat. (33. 1.).

(f) L. 50. §. 1. de hered. pet. (5. 3.). *Papinian.* Si defuncto monumentum conditionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumtus, vel quantum testator iusserit, non excedat eum, cui, aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum, aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto. Quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen Principali vel Pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

come un modo, la condizione che l'erede promettesse con giuramento un certo obbligo (g).

II. Dei testamenti in particolare.

A. Dei testamenti privati.

T. Inst. de testamentis ordinandis (2. 10.); — D. qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamentum fiat (28. 1.); — C. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur (6. 23.).

§. 236.

1) Requisiti generali per il testamento privato.

I testamenti privati secondo il diritto romano sono o scritti, o verbali (nuncupativi); per entrambe queste due forme si richiede che vi siano sette testimoni idonei, e l'unità di tempo, di luogo e di azione (a).

I. Perciò che riguarda il primo requisito bisogna osservare i seguenti principii.

1) I sette testimoni devono esser rogati, ossia appositamente chiamati; e se mai si trovassero a caso, bisogna far loro intendere che debbono servire da testimoni in un atto di ultima volontà (b).

2) Si richiede in secondo luogo che essi vengano liberamente, sotto pena di nullità dell'atto se vi fosse la minima ombra di violenza (c).

3) I testimoni debbono essere presenti al testatore, almeno al momento della formazione del testamento (d).

4) Perciò che riguarda l'idoneità dei testimoni, avvi il principio che sono non idonei tutti coloro, ai quali manca la *testamenti factio* (e). Però

(g) L. 8. de cond. iust. (28. 7.).

(a) Ved. Appendice.

(b) L. 21. §. 2. h. t. — In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet; quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.

(c) L. 20. §. 10. h. t. *Ulp.* Sed si detenti sint inviti ibi testes, putant, non valere testamentum. Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec cui bonis interdictum est, neque is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi.

(d) L. 9. ved. not. (g). — L. 28. §. 1. C. h. t.—L. 22. §. 1. h. t.— §. 7. Inst. h. t.

(e) §. 6. Inst. h. t.— L. 18. pr. L. 20. §. 7. h. t. — *Ulp.* fragm. XX. 7. 8.

questo principio non debbe aversi come una massima sufficiente, essendovi altri motivi d'incapacità. Sono quindi incapaci:

a) Per motivo naturale i dementi, ai quali sono equiparati i prodighi, gl'impuberi, i sordi o sordimuti (f). I ciechi sembra che siano considerati come non idonei per il testamento scritto; non pel nuncupativo, in cui è sufficiente che stieno in *cospectu testatoris* (g).

b) I peregrini e gli schiavi (h).

c) Le donne in generale (i).

d) Gl'*improbi* e gl'*intestabiles*. Indipendentemente dalle leggi delle 12 tav. appartengono a questa categoria secondo il diritto giustinianeo i pasquillanti, gli eretici e gli apostati (j). Al proposito Giustiniano estese di molto più questo requisito, determinando che solamente uomini *bonae opinionis* dovevano essere chiamati a testimoni nel testamento; ossia coloro che sono incensurabili nella loro condizione sociale, e nella fama: sono quindi tutte le *personae infames*, e *turpes* non idonee (k).

e) Il testatore ed il figlio in potestà di lui (l).

(f) L. 18. 20. §. 4. h. t. §. 6.—Inst. h. t.—ved. not. (c).

(g) Ved. §. 6. Inst. h. t. confr. L. 9. C. h. t. *Dioclet.* et *Maxim.* Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet.—L. 8. C. qui testam. fac. poss. (6.22.).— Ved. *Vangerow*, §. 444. — *Marezoll*, giornale di Giessen. IV. pag. 58. — *Hunger*, diritto di success. pag. 102. — *Thibaut*, sist. §. 829. — *Wening.*, §. 447. — *Mackeldey*, §. 6. 40. — *Roshirt*, succeas. testam. I. pag. 429. — Ved. in contrario. *Koch*, de conspectu testatoris ad leg. 9. C. de testamentis, Giessen 1755. — *Westphal*, dei testamenti §. 182. — *Mühlenbruch*, comp. §. 650. — *Puchta*, Pand. §. 455. — *Arndts*, Pand. §. 486. ann. 4.

(h) §. 6. Inst. h. t. — Ved. not. (g).

(i) L. 20. §. 6. h. t. *Ulp.* Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit, alias autem posse testem esse mulierem, argumento est lex Iulia de adulteriis, quae adulterii damnatam testem produci, vel dicere testimonium vetat. — L. 15. §. 1. de test. (22. 5.).

(j) L. 18. §. 1. h. t. *Ulp.* Si quis ob carmen famosum damnatur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi. — L. 21. pr. de test. (22. 5.). — L. 5. §. 9. 10. de iniur. (47. 10.). — L. 4. C. de haeret. (1. 5.). — L. 4. C. de apost. (1. 7.).

(k) Nov. 90. c. 1. Sancimus vero, praesertim in magna hac et felici urbe, ubi magna exsistit (*Deus sermonem dirigat*) proborum honorumque virorum copia, ut testes bonae existimationis sint, et vel propter dignitatem, vel militiam, vel divitias, vel indubitatum officium eiusmodi calumnia superiores exsistant, vel si tales non sint, ab aliis tamen, quod fide digni sint, testimonium habeant. Nec sedentarii quidam, nec humiles, nec plane obscuri ad testimonium veniant, sed ut, si de iis dubitetur, facile demonstrari possit, vitam testium inculpatam et moderatam esse. Si vero ignoti quidam et plane obscuri sint, atque videantur circa testimonii veritatem aliquid voluisse corrumpere, tormentis etiam subiici possint; et iudices, siquidem magistratus sint, ipsi hoc agant, sin autem alii sint, quam qui imperia habent, hic quidem apparitorem magnificentissimi praetoris plebis, in provincia vero defensorem locorum assumant, et per eos tormentis illos subiiciant, ut nihil de veritate celent, vel hac etiam ratione pecunia accepta testimonium dixisse, vel etiam aliter circa id dolose versatos esse deprehendantur.

(l) §. 9. Inst. h. t. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate testatoris est. Sed

f) L'erede stesso, e le persone congiunte a lui per patria potestà (m).

Il tempo per determinare l'idoneità de'testimoni è la formazione del testamento; per conseguenza una incapacità avvenuta di poi non nuoce (n). Pure se un testimone incapace fu ritenuto erroneamente capace, senza che la sua incapacità si conoscesse nè dal testatore nè dagli altri testimoni, il testamento fu mantenuto valido da un rescritto di Adriano.

II. Il secondo requisito comune ad entrambe le forme del testamento è l'unità di luogo di tempo e di azione. La prima consiste in ciò, che tutti i testimoni chiamati col testatore devono essere riuniti nel medesimo luogo, sicchè essi si trovino vicini durante la formazione del testamento (o).

L'unità di tempo consiste in ciò, che l'atto del testamento cominci e sia condotto a perfezione nel medesimo giorno, ossia che segua senza interruzione dal principio fino al termine (p).

Finalmente per unità di atto si richiede che il testamento sia incominciato e continuato dalla stessa mano (q).

si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate eiusdem patris est; reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

(m) §. 10. Inst. h. t. Sed neque heres scriptus, neque is, qui in potestate eius est, neque pater eius, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Licet enim totum ius tale conturbatum fuerat, et veteres, qui familiae emtorem et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, a testamentariis testimoniis repellebant, heredi et iis, qui per potestatem ei coniuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis praestare, licet ii, qui id permittebant, hoc iure minime abuti eos debere suadebant; tamen nos, eandem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiae emtoris, merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae emtoris obtinet, nec aliis personis, quae ei (ut dictum est) coniunctae sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia praestare: ideoque nec eiusmodi veterem constitutionem nostro Codici inseri permisimus.

(n) L. 22. §. 1. h. t. *Ulp.* Conditionem testium tunc inspicere debemus, quum signarent, non mortis tempore; si igitur tunc, quum signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea iis contigerit. — L. 1. C. h. t.

(o) L. 9. 12. 21. C. h. t. — Ved. not. (g). — L. 8. C. qui testamenta facere poss. (6. 22.).

(p) L. 21. pr. C. h. t. *Theod.* et *Valent.* Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam, vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus, septem numero, civibus romanis puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit; quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus, testamentum valere, nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento.

(q) §. 3. Inst. h. t. L. 21. §. 3. h. t. *Ulp.* Uno contextu actus testari oportet; est autem uno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere; quod (si) aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.

Siffatti rigorosi requisiti furono di poi temperati in qualche modo, e propriamente si concede che in caso di morbo contagioso i testimoni potessero stare non immediatamente al cospetto del testatore (r): che una piccola interruzione per occorrenza del testatore o di qualcuno dei testimoni non noccia alla validità del testamento; che uno dei testimoni potesse mancare durante l'atto: purchè fossegli sostituito un altro, il quale prima che l'atto si proseguisse deve farsi assicurare dal testatore, e dai testimoni rimasti che tutto ciò che si è fatto, ebbe luogo in loro presenza (s).

§. 237.

2) Del testamento scritto e nuncupativo.

Si può dichiarare la propria volontà in iscritto, tanto di proprio pugno *(testamentum olographum)*, quanto per mezzo di un altro, *testamentarius, (testamentum allographum)*; la necessità di scriver sempre di proprio pugno almeno la istituzione dell'erede, fu abolita più tardi dallo stesso Giustiniano (a). Indifferente è pure la materia di cui si serve il testa-

(r) L. 8. C. h. t. *Dioclet.* et *Maximian.* Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est. Non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solemnitas peremta est. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.

(s) L. 28. C. pr. h. t. *Iustinian.* Si quid autem necessarium evenerit, et in ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii vel potionis oblatio, vel medicaminis datio vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturae usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori vel testibus, non esse ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis, quod et factum esse comperimus, uni ex testibus contigerit, sed eo, quod urget et imminet, repleto vel deposito, iterum solita per testamenti factionem adimpleri. Et si quidem a testatore aliquid fiat testibus paulisper separatis, quum coram his facere aliquid naturale testator erubescat, iterum introductis testibus, consequentia factionis testamenti procedere. Si tamen in quendam vel quosdam testium aliquid tale contingat, si quidem ex brevi temporis intervallo necessitas potest transire, iterum eorundem testium reversum exspectari, et solemnia peragi. Sin autem longiore spatio refectio fortuiti casus indigeat, et maxime si salus testatoris periclitantis immineat, tunc illo vel illis testibus, circa quos aliquid tale eveniet, separatis, alios surrogari, et ab eo vel ab eis tam testatorem, quam alios testes sciscitari, si ea, quae eorum praesentiam antecedunt, omnia coram his processissent. Et si hoc fuerit undique manifestum, tunc eos vel eum una cum aliis testibus ea, quae oportet, facere, etsi in medio subscriptiones testium iam fuerant subsecutae. Sic enim et naturae medemur, et mortuorum elogia in suo statu facimus permanere.

(a) Nov. 119. c. 9. Quoniam vero antea legem tulimus, ut testatores vel sua manu, vel per testes nomina heredum testamentis inscribant, cognovimus autem, per subtilitatem illam multa testamenta subversa esse, quum testatores eam diligentiam adhibere non potuerint, vel fortasse quosdam voluntatem suam notam fieri noluerint, iubemus, ut illis quidem, qui volunt, haec in testamentis suis observare liceat; sin autem haec non observaverint, sed secundum veterem con-

tore per stendervi l'atto, nè nuoce che vi fossero cassature od altro simile vizio, ma sono vietati i segni e le cifre (b).

Perciò che riguarda la solennità del testamento bisogna notare le seguenti regole:

1) Il testatore deve presentare l'atto testamentario ai testimoni, dichiarare che è l'atto della sua ultima volontà, e sottoscriverlo: egli viene liberato da quest'obbligo solamente quando il testamento è scritto di suo proprio pugno (c).

Se poi egli non sa scrivere, ovvero n'è impedito al momento della formazione del testamento, sarà chiamato un idoneo sottoscrittore in vece sua (d).

2) Dopo queste formalità i testimoni devono apporre all'atto il loro nome ed il loro suggello o segno.

III. Il testamento verbale o nuncupativo incomincia dal momento che il testatore ha convocato i testimoni per sentire la sua volontà, e termina appena l'avrà interamente dichiarata. Per questo testamento si richiede soltanto che il testatore adoperasse parole chiare e precise (e).

Per la pruova un tale testamento può anche ridursi in iscritto *(testamentum nuncupativum in scriptum redactum)*.

§. 238.

B. Dei testamenti pubblici.

Rosshirt, succ. testam. I. pag. 446. — *Mühlenbruch*, comm. XXXVIII. pag. 305.

A due si possono ridurre i testamenti pubblici: il *testamentum principi oblatum*, e il *testamentum iudiciale*.

1) Il primo consiste in ciò che il testatore dirige l'atto di sua ultima

suetudinem testentur, sancimus, ut etiam sic testamentum firmum sit, sive quis ipse, sive per aliam personam nomen heredis scripserit, modo testator reliquam legitimam solemnitatem in testamento observet. — Confr. L. 29. C. h. t.

(b) §. 12. Inst. h. t. Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an in chartis membranisve, vel in alia materia fit. — L. 12. 15. C. h. t. L. 4. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.). — L. 6. §. ult. de bon. poss. (37. 1.).

(c) L. 21. pr. 28. C. h. t. — Ved. not. (s).

(d) L. 21. §. 1. C. p. h. t. *Theod.* et *Valent.* Quod si literas testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus.

(e) L. 21. pr. h. t. *Ulp.* Heredes palam, ita ut exaudiri possint, nuncupandi sint; licebit ergo testanti vel nuncupare heredes, vel scribere, sed si nuncupat, palam debet. Quid est palam? Non utique in publicum, sed ut exaudiri possit; exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus; et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit, solemnem numerum exaudire.

volontà con una supplica all'imperatore, al quale è consegnato nel consiglio di stato.

2) L'altro testamento si ha quando il testatore presentatosi innanzi al magistrato competente, a voce dichiara la sua volontà, che viene trascritta in protocollo, e depositata nell'archivio (a).

Da questo testamento se ne generò un altro per consuetudine, che fu il *testamentum iudici oblatum*, ignoto però al diritto romano.

III. Del contenuto del testamento.

§. 239.

A. Della istituzione dell'erede.

T. Inst. de heredibus instituendis (2. 14.); — D. h. t. (28. 5.); — C. h. t. (6. 24.). — *Mühlenbruch*, comm. XL. p. 109. §§.

L'istituzione dell'erede, parte fondamentale e indispensabile del testamento, va soggetta alle seguenti regole:

1) L'erede può essere nominato con qualunque espressione; bisogna solamente che vengano adoperate parole precise, e dalle quali si possa rilevare la vera persona nominata (a). Per determinare quindi questa persona può adoperarsi tanto il nome proprio quanto ogni altra chiara indicazione: oltre che l'erede può essere nominato tanto nel testamento quanto in qualunque altro documento p. e. in un codicillo (b).

(a) L. 19. C. h. t.

(a) L. 15. C. de testamentis (6. 23.). *Constantius*. Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademtis his, quorum imaginaria usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis. Nec enim interest, si dicatur: *Heredem facio*, vel *instituo*, vel *volo*, vel *mando*, vel *cupio*, vel *esto*, vel *erit*, sed quibuslibet confecta sententiis vel quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit solemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque instrumenti materia conscribere, quibuscunque verbis uti, liberam habeant facultatem. — Confr. L. 1. §. 5. L. 48. pr. h. t. — *Gai*. Inst. II. §. 116. 117. — *Ulp*. fragm. XXI.

(b) L. 9. §. 8. *Ulp*. Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod paene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio. — L. 77. h. t. *Papin*. Asse toto non distributo ita scriptum est: *Quem heredem codicillis fecero, heres esto;* Titium codicillis heredem instituit; eius quidem institutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur; sed hic tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit. — Confr. L. 10. de cond. inst. (28. 7.).

2) Il testatore può nominare molti eredi, e se egli nulla determina sulla divisione del patrimonio, s' intendono tutti istituiti con eguali porzioni (c). Ma egli può assegnare a ciascuno degli eredi istituiti direttamente o indirettamente la sua porzione, anche tacitamente secondo il modo della istituzione, come quando alcuni sono stati istituiti singolarmente (*Titius mihi heres esto, Sempronius mihi heres esto*), altri nominati congiuntamente insieme (*Moevius una cum filiis et Tullius heredes sunto*) ovvero, quando molti sono stati istituiti per una sola determinata porzione (d).

3) L' erede una volta istituito è il successore per *universum ius*, che rappresenta tutta la persona del defunto dal momento ch'entra nell'eredità. Onde se il testatore avesse istituito un erede per una cosa o somma determinata, l'istituzione sarebbe viziosa come quella che contraddice al carattere dell' erede quale successore *per universum ius;* è pure mantenuta valida togliendo il limite della *summa* o *res certa* (e). Se vi siano poi altri coeredi istituiti senza determinazione di cosa, questi varranno come veri eredi, e l' istituito in *re certa* sarà considerato come legatario di quella cosa (f).

4) L'istituzione di molti eredi, ciascuno in una porzione determinata, o senza determinazione, quando l' eredità si divide egualmente fra tutti, non si oppone veramente alla necessità giuridica di un successore universale, poichè come tale varrà sempre ciascun erede: nè la divisione del patrimonio restringe la qualità giuridica di alcuno di essi, derivando solo dal fatto mutabile della coesistenza di molti eguali diritti sullo stesso patrimonio. Da ciò consegue che:

a) Se molti eredi sono stati istituiti con porzioni determinate le quali

(c) §. 4. 6. Inst. h. t. L. 9. §. 12. h. t. *Ulp.* Heredes iuris successores sunt, et, si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet; quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt.

(d) L. 2. 11. 13. pr. §. 1. L. 15. pr. 36. 47. §. 1. L. 59. §. 2. L. 66. 81. pr. §. 1. h. t. *Iavol. Attius fundi Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulae heredes sunto;* habebunt duo Titii semissem, Attius semissem; idque Proculo placet; quid tibi videtur? Respondit, vera est Proculi opinio.—L.59. §. 2. *Cels. Titius heres esto, Seius et Maevius heredes sunto;* verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter coniunctim duobus datur.— L. 12. de hon. poss. contra tab. (37. 11.). — L. 142. de V. S. (50. 16.).

(e) L. 1. §. 4. h. t. *Ulp.* Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.

(f) L. 13. C. h. t. *Iustinian.* Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.

prese insieme non esauriscono l' asse ereditario, *ipso iure* la porzione di ciascuno si accresce di un eguale tanto dell' avanzo: come sarebbe egualmente diminuita, se le porzioni assegnate superassero nel loro insieme l' asse ereditario (g).

b) In caso che alcuni siano istituiti per parti determinate ed altri senza porzioni, i primi riceveranno le loro porzioni, e gli altri si divideranno per eguale quel che resta (h). In questa supposizione, se le porzioni dei primi esaurissero l' asse ereditario, i Romani per dare esecuzione al testamento anche riguardo agli altri, dividevano al doppio o al triplo l'asse ereditario, invece di 12 once in 24 (*dupondius*) in 36 (*tripondius*), e così innanzi, e ne davano a ciascuno la sua aliquota (i).

ANNOTAZIONI

Il principio che l' erede istituito in una somma o cosa determinata debba esser riguardato come erede *ex asse* può essere diversamente interpretato e condurre ad erronee conseguenze; onde giova esaminarlo nella sua essenza e nelle sue ultime derivazioni.

I. Nel caso che nel testamento vi sia un solo erede, e questi sia istituito *ex re certa*, secondo il principio stabilito, *detracta re certa*, l' erede si reputa istituito *ex asse*; ma errerebbe chi pensasse, che quest' erede lucri tutto il patrimonio senza eccezioni. E di vero quando dal contenuto del testamento è manifesto che fu intenzione del testatore di lasciare all' erede solamente quella determinata somma o cosa, e molto più quando è indicata la persona che dovrebbe ereditare il resto, in

(g) §. 5. 7. Inst. h. t. §. 7. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid iuris sit, veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent: et ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere, ut, si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuisset. L. 13. §. 2. 7. h. t. confr. L. 23. C. de legat. (6. 37.).

(h) §. 6. Inst. h. t. Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse; satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit; et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrent: si vero totus as completus sit, in dimidiam partem vocantur, et ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest primus, an medius, an novissimus sine parte scriptus sit; ea enim pars data intelligitur, quae vacat.—L. 17. pr. §. 1. h. t.

(i) §. 6. 8. Inst. h. t. Et si plures unciae quam duodecim distributae sunt, is, qui sine parte institutus sit, quod dupondio deest, habebit; idemque erit, si dupondius expletus sit: quae omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.—L. 17. §. 3. 5. L. 18. 20. §. 1. L. 87. h. t. Ex unciis sex primo herede instituto, secundo ex octo, si tertius ex residua parte, vel nullà portionis facta mentione heres instituatur, quinque uncias hereditatis tertius habebit, in vigintiquatuor etenim partes hereditate distributa, tertio ratio calculi, veluti ex decem partibus instituto, quinque uncias assignavit.

una tale *institutio ex re certa* si contiene un tacito fedecommesso universale. Questo avviene quando p. e. il testatore in un secondo testamento istituisca un erede *ex re certa*, e confermi espressamente il testamento anteriore; anche qui l'erede *ex re certa* si ritiene come *heres ex asse*, ma si applica insieme la disposizione della legge 29. ad SCum Trebellianum (36. 1.): *ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant* (k). A questo caso sarebbe simile l'altro: quando l'erede fosse già istituito *ex asse*, e, *percepta certa re*, abbia obbligo espresso di restituire la eredità ad una determinata persona (l): egli restituisce tutta la eredità come universale fedecommesso, e riceve dal fedecommissario universale la cosa designata come un fedecommesso particolare. Si bada nondimeno a non estendere l'eccezione per modo che in ogni caso di una *institutio ex re certa* si affermi un fedecommesso universale in favore degli eredi *ab intestato*; questo sarebbe l'estremo contrario a quelli che credono che il *solus heres* dovrebbe avere in ogni caso la eredità; l'eccezione sarà giustificata tutte le volte che nel testamento si trovi indicata la persona, alla quale deve trasmettersi l'eredità, fosse anche un erede *ab intestato*, o qualunque altro terzo; se manca ogni indicazione, l'erede solo istituito *ex re certa* deve lucrare tutta la eredità, non avendo la *res certa* in questo caso nessuna significazione.

2) Nel caso che molti coeredi siano istituiti tutti *ex re certa*, anche vale il principio che tutti, *detracta rei certae mentione*, siano da reputare *heredes ex asse sine partibus scripti*, e per conseguenza istituiti in eguali porzioni; purchè una congiunzione di nomina non tempera questa presunzione (m). La volontà del testatore di lasciare a ciascuno quella *res certa* si effettua col riguardare quell' obbietto del patrimonio come un prelegato di ciascuno, o più propriamente come un prefedecommesso (*fundos etenim vice praeceptionis accipiendos*) (n). Se poi tutte le *res certae* comprese insieme esauriscono l'asse ereditario, ciascuno riterrà quella cosa determinata come sua porzione ereditaria. Nondimeno nel primo caso quando dal contenuto dell'atto si rilevi chiaramente in favore di chi dovrebbe andare tutto ciò che avanza dalle cose determinate, debbesi, come sopra riconoscere un tacito fedecommesso (o).

(k) §. 3. Inst. quib. mod. test. infir. (2. 17.).

(l) L. 69. pr. de legat. (31.). *Pipinian. Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis*; fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si, quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: *peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis* — ? Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus? Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus. Idem dicemus, si, quum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: *peto, pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.*

(m) §. 11. Inst. h. t.—L. 9. §. 13. L. 10. 35. pr. §. 2. L. 78. pr. h. t. *Papinian.* Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium; iure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem, factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus, sequi salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.

(n) L. 35. §. 1. 78. pr. h. t. L. 17. pr. de tut. cril. (29. 1.).

(o) Ved. L. 35. pr. h. t. L. 29. ad SC. Trebell. (36. 1.).

Questi principii valgono quando vi è una vera istituzione *ex re certa;* ma quando poi il testamento medesimo indica che la volontà del testatore è stata appunto quella di limitare l'erede o tutti gli eredi a quella cosa, cosicchè le cose certe rappresentano veramente delle porzioni, sarà allora una istituzione *ex partibus certis* a cui si applicheranno i principii della comune istituzione di erede.

3) Questi principii sono generalmente accettati pe' due casi su riferiti: ma è molto controverso al contrario, quando insieme ad eredi istituiti o *sine parte* ovvero *ex certa parte* sia istituito un altro *ex certa re.* In quattro opinioni differenti si divide la scienza.

1) La maggior parte dei giuristi antichi e moderni tengono che l'erede istituito *ex re certa*, concorrendo con gli altri coeredi, debba essere reputato come semplice legatario (p).

2) La seconda opinione per converso riguarda l'istituito *ex re certa* come un vero erede, del quale nondimeno, finchè dura la concorrenza con gli altri coeredi, la *res certa* forma la porzione ereditaria. Da ciò la conseguenza, che i mezzi di tutela per questo erede sono solamente la *hereditatis petitio* e l'*actio familiae erciscundae;* che ha il diritto di riduzione per legge Falcidia, ma che non gli si può ridurre la porzione con la quarta falcidia medesima (q).

3) La terza opinione contemperando le due prime, si colloca nel mezzo; lasciando stare Bartolo che ricerca in ciò una nuova teoria e crea l'*heres singularis* (ad leg. 35 de hered. inst. e ad leg. 12. C. eod.), il *Leyser* stabilisce, che l'*heres ex re certa* rispetto ai coeredi dev'essere considerato come un legatario, come un erede nelle relazioni con gli altri: onde secondo questa teoria egli contro i terzi può usare la *hereditatis petitio*, ridurre i legati per legge Falcidia, e, mancando i coeredi, ha il diritto di accrescere; rispetto ai coeredi essendo un legatario deve soffrire, che gli altri sulla sua cosa facciano la riduzione per legge Falcidia; e finalmente può senza entrare nella eredità trasmettere la cosa ai suoi eredi. A questa opinione si accostò il *Mühlenbruch* con alcune modificazioni. Imperciocchè egli opina che l'erede istituito *ex re certa* come un prelegatario sia da considerarsi erede e legatario nel medesimo tempo, e quantunque riceva quella cosa determinata come un prelegato, pure prende parte al giudizio *familiae erciscundae*, in egual modo come lo stesso prelegatàrio può far valere i suoi diritti sul prelegato con l'*actio famil. ercisc.* Laonde un tale erede per la trasmissione non ha bisogno di entrare nella eredità, ed in generale per lo acquisto del diritto non è richiesto se non tutto quello che si richiede da un legatario, sicchè egli non potrà aver diritto alla riduzione della legge Falcipia, e contro i terzi per rivendicare la cosa determinata non può adoprare la *hereditatis petitio;* come ancora il diritto di accrescere allora solamente gli verrà, quando tutto gli eredi vengano a mancare (r).

4) Finalmente la quarta opinione, la più soddisfacente, parte da questi principii:

(p) Ved. *Glossa*, ad Leg. 35. pr. de hered. inst. ad Leg. 29 ad SCum Trebell. ad L. 1. 13. C. de hered. inst.—*Donelli*, comm. iuris civ. VI. 18. §. 18.—*Ant. Faber.* Error. pragmat. dec. 14. err. 6 dec. 15. err. 5-8. — *Averanii*, interpret. iur. I. IV. c. 11. n. 4. *Thibaut* §. 820.— *Wening*. §. 426.—*Göschen* §. 435 ed altri.

(q) Ved. *Henneman* disamina sopra due questioni ecc. Schwerino 1790. N. 1.— *Franke*, diritto di success. necess. pag. 398.—*Mühlenbruch*, comm. XXXVI. pag. 353. not. 93.

(r) *Leyser*, de herede in re certa instituto, Vitemb. 1809.—*Mühlenbruch*, cit.

a) L' istituzione dell' erede in una cosa determinata è per sè stessa sempre viziosa; essa viene convalidata quando, *detracta rei certae mentione*, l'erede è considerato *ex asse*. Anche in questo come negli altri casi, si ha una consimile istituzione di erede e però dovrebbe essere convalidata col medesimo principio; l' analogia è manifesta. Nè altrimenti si sono pronunziati i medesimi giureconsulti romani; Ulpiano nella legge 35 per h. t. « dicebam receptum esse, rerum *heredem* institui « posse » e Scevola nella legge 15. de liberis et postumis « aliam causam esse *insti-* « *tutionis*, quae benigne acciperetur » (s). Se dunque dobbiamo riconoscere che come negli altri casi, così nel presente l' erede istituito in una cosa certa debba reputarsi come un *heres sine parte scriptus*, ne segue ch'egli è chiamato a succedere secondo i casi o ad una parte eguale agli altri istituiti *sine parte*, ovvero al resto se ve ne sia in natura, ovvero ad un resto artificiale secondo lo spediente *ex asse fit dupondium*. Se al contrario è intenzione del testatore che l' erede istituito *in re certa* non abbia altro che quella cosa, anche in questo caso come nei precedenti la volontà del testatore non si potrà effettuare che applicando la teoria del fedecommesso. In altre parole nella istituzione *ex re certa* devesi ricercare un tacito universale fedecommesso in favore di coloro che sono istituiti con parti determinate o senza parte, ed un singolare fedecommesso per l' erede istituito *in re certa*. Se la qualità dell' erede *ex re certa* dovesse essere strettamente, non potremmo in alcun modo giustificare quella viziosa istituzione e sarebbe inutile ricorrere a testimonianze legali. L' applicazione della teoria del fedecommesso è già determinata con parole sufficientemente chiare nelle leggi citate per gli altri casi: nè potrebbe non essere applicata nel caso controverso, poichè dal contenuto del testamento si rileva in favore di chi son determinate le altre parti ereditarie, anzi qui l' applicazione del fedecommesso calza meglio che ne' casi precedenti. E di fatti Papiniano insegna: « Quid ergo, si quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: peto, pro parte « tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis ? *Petere poterant cohoredes partem* « *hereditatis, renitente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus*.

Da questi principii discende che quando presso altri istituiti senza parti o con parti determinate vi è un erede in *certa re*, quest'ultimo, *detracta re certa*, dev'essere considerato *heres ex asse*; ma in effetti non riceve che la cosa assegnatagli, e tutta la sua porzione, come se fosse un fedecommesso universale, dev' essere data ai suoi coeredi: ritiene la cosa suddetta come un singolare fedecommesso (t).

Per la pratica attuazione poi bisogna distinguere il periodo prima e dopo della leg. 13. di Giust. citata. Imperocchè nel diritto anteriore una istituzione in una *re certa* contenente un tacito fedecommesso, era sempre una *fidecommissaria hereditas*, e variavano gli effetti: prima della restituzione non si potevano negare all'erede fiduciario tutt'i mezzi dati all'erede; dopo le azioni ereditarie passavano attivamente e passivamente all' erede fedecommissario. Giustiniano decise che la restituzione s' avesse a supporre come avvenuta nel medesimo momento; cosicchè l'erede *ex re certa* sin dal principio è circoscritto alla sua *res certa*, per conseguenza viene escluso dalle azioni ereditarie, le quali si suppongono attivamente e passivamente trasferite ai coeredi, ossia ai fedecommessarii universali. Però quantunque l'erede istituito in una cosa determinata, vuoi dopo la restituzione per diritto anteriore, vuoi immedia-

(s) Ved. anc. Nov. 107. c. 1. 115. c. 5.

t) *Neuner*, la heredis instit. ex re certa, Giess. 1853.—*Vangerow*, §. 449.

tamente secondo Giustiniano, venga escluso dalle azioni creditarie, pure la qualità di erede non sarà mai per lui priva di conseguenze.

Di fatti la determinazione del diritto di successione necessaria nell' istituzione di erede è adempiuta con la istituzione *ex re certa* (u); l' erede avrà il diritto di accrescere quando tutti i coeredi mancano alla eredità; come qualunque altro erede, al quale è stato imposto di restituire la porzione della sua eredità, *deducta* o *praecepta re certa*, egli ha indubitatamente il diritto della così detta quarta Trebellianica; quando la cosa lasciatagli non forma la quarta parte della sua porzione ereditaria (v); finalmente non potrebbe essere a lui negata l' *actio familiae erciscundae* giacchè questa azione non è data esclusivamente per la divisione della eredità, ma per concretare altri diritti tra gli eredi (w). Dall' altra parte, considerato l' istituito *ex re certa* come un singolare fedecommissario, per l' acquisto del fedecommesso singolare sono applicabili i principii del legato sul *dies cedens* e *dies veniens*; dippiù i coeredi istituiti *sine parte* o *ex certa parte* adoperano i diritti di eredi rispetto al legatario, anche la riduzione per legge Falcidia; in quest' ultimo rispetto però avendo l' istituito *in re certa* anche il carico di dare altrui la sua porzione, ha luogo la *compensatio legatarum*.

B. Delle sostituzioni.

§. 240.

1) Della sostituzione volgare.

T. I. de vulgari substitutione (2. 15.); — De pupillari substitutione (2. 16.); — D. de vulgari et pupillari substitutione (28. 6.); — C. de impuberis et aliis substitutionibus (6. 26.). — *Scip. Gentilis*, tract. de substitutionibus (ved. op. om. VII. p. 333); — *Ramos del Manzano*, praelectiones de vulg. et pup. subst. (ved. thesaurus Meerm. VII. p. 331); — *Papillonii*, de substitutionibus (thes. *Otton* IV, p. 670); — *Mühlenbruch*, XL. p. 248.

È una sostituzione volgare semplice quando il testatore fa molti gradi d' istituzione, ossia quando nomina molti eredi, ma uno appresso dell' altro, in guisa il secondo allora addiviene propriamente erede e la sua istituzione è valida, quando il primo non può o non vuole ereditare. Quello che viene chiamato dopo si appella *substitutus*, *heres secundus*, *tertius* ecc. (a).

1) Secondo la natura di questa istituzione, l'eredità è deferita al sostituto sol quando è certo, che sia per volontà, sia per altra contingenza

(u) L. 49. de lib. et post. (28. 2.). — Nov. 115. c. 5.

(v) L. 29. ad SCum Trebell. (36. 1.). §. 3. Inst. quib. mod. test. inf. (2. 17.).

(w) L. 35. pr. de hered. inst. (28. 5.).

(a) L. 36. h. t. pr. Inst. h. t. Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta *si ille heres non erit, ille heres esto*: et deinceps, in quantum velit, testator substituere potest, et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere.

l' erede primo non può più diventare erede (b). La sostituzione volgare è dunque un' istituzione condizionale, *si alius institutus heres non erit*; per lo che quale erede sotto condizione può avere nel frattempo la *bonorum possessio*.

2) Il testatore può sostituire uno a molti eredi, molti nello stesso grado ad un solo erede; nel primo caso il sostituto sarà erede quando i primi tutti non erediteranno: nel secondo caso i molti sostituti entreranno nella eredità quando è certo che il primo istituito non addiverrà erede (c).

3) Similmente il testatore potrà sostituire allo stesso sostituto (*heres tertius*), ed in questo caso l'istituito in terzo grado succederà quando tutti coloro che sono collocati innanzi a lui non ereditano (d). Qui vale nondimeno la massima seguente: *substitutus substituto est etiam substitutus instituto;* la quale ha due significati:

a) In primo luogo comprende questo principio; che quando vi sono molti gradi di sostituzione, affinchè l' ultimo sostituto diventasse erede, non è richiesta la stretta osservanza dei gradi: così se ad A. è sostituito B., ed a questo C.; per giungere l' eredità a quest' ultimo non è necessario che prima mancasse alla eredità A. e poi B.; è sufficiente che manchino comunque entrambi, ancorchè B. mancasse prima di A.; non altrimenti che se il terzo fosse sostituito non al secondo, ma al primo istituito.

b) Si comprende ancora sotto quella massima un altro principio: cioè quando ad un erede è sostituito un altro coerede, ed a questo un estraneo, l'ultimo, quando succederà; riceverà non solo la porzione della sostituzione, ma ancora quella dell' istituzione del suo antecessore, onde il *tertio gradu substitutus* varrà come il *secundo gradu institutus*: p. e. se ad A. è sostituito uno dei coeredi B., ed a questo è sostituito l' estraneo C., se quest' ultimo sarà chiamato a succedere, riceverà non solo la porzione di A., ma ancora l' originaria porzione di B. (e).

(b) L. 9. de suis (38. 16.). — L. 3. C. de hered. inst. (6. 24.). *Alexand.* Quum proponas, Alexandrum equitem testamento primo loco Iulianum, ut libertum suum, heredem instituisse, eique substituisse his verbis: *quodsi ex aliqua causa primus hereditatem meam adire noluerit vel non potuerit, tunc in locum eius secundum heredem substituo Vitalem*, post mortem autem testatoris Iulianum servum communem fuisse defuncti militis et Zoili, fratris eius, apparuerit, an tu ex substitutione admittaris, voluntatis est quaestio. Nam si credens eum proprium et suum libertum heredem instituit, nec per eum ad alium quemquam hereditatem pertinere voluit, exstitit conditio substitutionis, tibique hereditas delata est.

(c) §. 1. Inst. h. t. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt.

(d) L. 36. pr. h. t.

(e) Ved. L. 27. 41. h. t. *Papinian.* Coheredi substitutus, priusquam hereditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret, vita decessit; ad substitutum eius, sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit, utraque portio pertinebit, nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante decedat. §. 3. Inst. h. t.

4) Inoltre si potranno sostituire reciprocamente i coeredi tra loro (*substitutio reciproca, breviloqua*): il quale caso di sostituzione ha regole particolari per cui si assomiglia al diritto di accrescimento.

a) Chi in un simile caso è entrato come istituito nell'eredità, non potrà più rinunciare alla porzione della sostituzione, ma molto più l' acquista così necessariamente, che non ha bisogno di altra adizione (f).

b) All' incontro quando nella reciproca sostituzione un dei coeredi abbia rinunciato all'eredità, non potrà mai giovarsi della sostituzione (g): diversamente, quando un solo erede sia sostituito ad un altro determinato erede, in questo caso rinunziando la porzione dell'istituzione potrà acquistare nondimeno come sostituto (h).

c) I sostituti coeredi vengono chiamati alle porzioni ad essi devolute giusta la stessa proporzione in cui furono istituiti primamente: che se in mezzo ad essi si trovasse un sostituto estraneo, questi riceverà solamente la porzione virile, e l' avanzo sarà diviso fra i coeredi nel modo testè accennato (i).

d) Finalmente se tra i coeredi reciprocamente sostituiti vi fosse una *coniunctio*, a quello dei congiunti che manca verranno sostituiti solamente gli altri *coniuncti* (k).

5) Il testatore potrà anche sostituire lo stesso erede istituito a lui medesimo, specialmente se ciò gli arreca vantaggio, come quando si è istituito uno condizionatamente, e sostituito a lui stesso incondizionatamente (l).

(f) L. 35. pr. L. 76. pr. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). *Iavolen.* Si tu ex parte saxta sub conditione institutus fuisses heres, et omittente partem suam Titio, cui substitutus eras, ex substitutione adiisses, deinde conditio iure sextantis extitisset, quaero, an adire necesse habueris, ne sextans tuus intereat? Respondit: nihil interest, utrum ex substitutione prius adierit, an ex prima institutione, quum ab utraque causa una aditio sufficiat; sextans itaque, qui sub conditione datus mihi est, ad me solum pertinet.—L. 6. C. h. t.

(g) L. 41. §. 4. h. t. *Popinion.* Qui discretas portiones coniunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: *quos heredes meos invicem substituo*, coniunctos primo loco vice mutua substituere videtur, quibus institutionum partes non agnoscentibus, ceteros omnes coheredes admitti.

(h) L. 76. §. 1. de acqu. vel omitt. hered. (29. 2.). *Iavolen.* Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quia ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim, aut vindicare.

(i) L. 5. 8. §. 1. L. 9. 24. 41. h. t. *Lobeo.* Si pater filio impuberi eosdem, quos sibi, et te unum praeterea heredem instituit, bonorum filii te dimidium, ceteros patris heredes communiter dimidium ita habere, ut unus semis apud te maneat, alterius semissis pro his partibus inter heredes paternos divisio fiat, quibus ex partibus hereditatem paternam haberent.—§. 1. Inst. h. t.

(k) L. 41. §. 4. h. t. — Ved. not. (g).

(l) L. 48. §. 1. h. t. *Scaevol. Titius heres esto; Stichum Maevio do, lego; Stichus heres*

Nel resto la sostituzione volgare essendo anche una istituzione, le sono applicabili i medesimi principii.

§. 241.

2) Della sostituzione pupillare.

I. Il padre di famiglia può in forza della sua patria potestà nominare un erede al figliuolo impubere nel caso che questi morisse nella impubertà, sostituzione pupillare (a).

1) Tutto ciò potrà fare il padre quando egli stesso ha disposto per ultima volontà dei suoi beni; è poi totalmente indifferente se la sostituzione fosse fatta nello stesso testamento, o in atto separato (b).

2) Affinchè nondimeno potesse esser valida la sostituzione, conviene indispensabilmente che vi fosse la patria potestà; per la qualcosa il padre di famiglia potrà sostituire ai suoi figliuoli legittimi impuberi, tanto nati quanto postumi, purchè dopo la sua morte non vadano soggetti ad altra patria potestà: non potrà sostituire pupillarmente ai figliuoli emancipati nè ai naturali (c).

3) La sostituzione pupillare comprende tutta la sostanza del figliuolo impubere, ossia quella che deriva tanto dal padre, quanto da altri (d); ma

esto; si Stichus heres non erit, Stichus liber heresque esto. In hac quaestione inprimis quaerendum est, utrum unus gradus sit, an duo, et an causa mutata sit substitutionis, an eadem permaneat. Et quidem in plerisque quaeritur, an ipse sibi substitui possit; et respondetur, causa institutionis mutata substitui posse. Igitur si Titius heres scriptus sit, et, si heres non sit, idem heres iussus sit, substitutio nullius momenti erit. Sed si sub conditione quis heres scriptus sit, pure autem substitutus est, causa immutatur, quoniam potest ex institutione defiei conditio, et substitutio aliquid adferre; sed si extiterit conditio, duae purae sunt, et ideo nullius momenti erit substitutio. Contra si pure quis instituatur, deinde sub conditione sibi substituatur, nihil facit substitutio conditionalis; nec mutata intelligatur, quippe quum, etsi extiterit conditio, duae purae sint institutiones. Secundum haec proposita quaestio manifestetur: *Titius heres esto: Stichum Maevio do, lego; Stichus heres esto*; *si Stichus heres non erit, Stichus liber heresque esto*; nos didicimus, quoniam eodem testamento et legatus sit Stichus, et libertatem accepit, praevalere libertatem, et si praevaleat libertas, non deberi legatum, et ideo iussu legatarii non posse adire hereditatem, ac per hoc verum esse, Stichum heredem non esse, et ex sequentibus verbis libertatem ille competere, quum unus gradus videatur.

(a) L. 2. 7. 14. 21. 33. §. 1. L. 41. §. 2. h. t. — §. 6. Inst. h. t. (2. 16.).

(b) L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. 4. 7. L. 16. §. 1. L. 20. h. t. *Ulp.* Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere; ceterum soli filio non poterit, nisi forte miles sit; adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet, ut, nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat. Plane si omissa causa principalis testamenti ab intestato possideatur hereditas dicendum est, et pupillo substitutum servandum. — §. 3. Inst. h. t. — L. 8. testam. quemadm. aper. (29. 3.).

(c) L. 33. h. t.

(d) L. 10. §. 5. h. t. *Ulp.* Ad substitutos pupillores pertinent. et siqua postea pupillis ob-

essa viene insieme riguardata come parte del testamento paterno, onde è assurdo che il padre sostituisse pupillarmente e morisse *ab intestato*.

4) Riguardo alla persona sostituita, il padre è libero di scegliere come vuole, senza obbligo di preferire gli eredi necessarii.

5) Se il padre sostituisce al figliuolo impubere nominato erede nel suo testamento un altro per sostituzione volgare, questa è reputata altresì una tacita sostituzione pupillare, qualora non si provi la volontà contraria del testatore *(duplex substitutio)* (e), la quale apparirebbe, per esempio, quando sostituì al postumo volgarmente, e abbia nel medesimo tempo nominato la madre erede: qui se il postumo nascesse e poi morisse nell'impubertà, succede la madre e non il sostituto (f).

6) In questa sostituzione fino ad un certo punto non sarà applicabile la massima *substitutus substituto est etiam substitutus instituto*, poichè quando vi sono molti gradi di sostituzioni pupillari l'oggetto della prima sostituzione non è il medesimo di quella delle altre. Se esempigrazia il testatore avesse detto: al mio figlio impubere A. sostituisco la mia figlia impubere *B.* alla quale sarà sostituito pupillarmente C., in questo caso C. non varrà come sostituto di A., come sarebbe se B. e C. fossero sostituti volgari (g).

venerant; neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, quum et exheredato substituere quis possit, nisi mibi proponas, militem esse, qui substituit heredem bac mente, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quae a se ad institutum pervenerunt.

(e) L. 4. h. t. L. 4. C. h. t. *Alexand.* Quamvis placuerit, substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit, a parente factam ita: *si heres non erit*, porrigi ad eum casum, quo, posteaquam heres exstitit, impubes decessit, si modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur; quum tamen proponas ita substitutionem factam esse: *si mihi Firmianus filius et Aelia uxor mea (quod abominor) heredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus heres esto*, manifestum est, in eum casum factam substitutionem, quo utrique heredum substitui potuit.

(f) L. 9. C. de inst. et subst. (6.23.) *Inst.* Quum quidam, praegnantem habens coniugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adiecit, si non postumus natus fuerit, alium sibi heredem esse, postumus autem natus impubes decessit, dubitabatur, quid iuris sit, tam Ulpiano quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quaestionem scribentibus, quum opinabatur Papinianus ideo testatorem voluisse postumo nato et impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem, quam substitutum. Si enim et suae substantiae partem uxori dereliquit, multo magis ad luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes, substitutionem quidem in huiusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, quum postumus minime editus fuerit, vel post eius partem mater prior decesserit.—Conf. L. 45. pr. h. t.—L. 2. C. h. t.

(g) L. 47. h. t. *Scaev.* Qui habebat filium et filiam impuberes, instituto filio herede filiam exheredavit, et, si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit, sed filiae, si, antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, idem sororem suam substituit; quaero, quum filia impubes prior decesserit, deinde frater eius impubes, an filii hereditas ad uxorem et sororem testatoris iure substitutionis pertineat? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, non pertinere.

II. Quanto alle conseguenze fa d'uopo osservare i seguenti principii:

1) Il sostituto pupillare acquista la sostanza dell'impubere come se fosse chiamato erede dall'impubere medesimo (h).

2) Nel caso che il sostituto pupillare fosse anche istituito erede nel testamento del padre, se adì alla eredità di quest'ultimo, non potrà rinunciare a quella del figlio; anzi se muore mentre era in vita il pupillo, trasmette la successione di costui *ipso iure* ai suoi eredi (i). Quando al contrario il sostituto ha rinunciato alla eredità del padre, non potrà acquistare neppure quella del figlio; e però si estingue interamente la sostituzione pupillare, quando il sostituto è il solo erede nel testamento del padre; in guisa che con quella rinuncia il testamento addiviene *destitutum* (k).

3) Nel caso che vi siano altri coeredi o sostituti, bisogna distinguere se il sostituto sia un *extraneus* ovvero un *suus heres*.

a) Il sostituto pupillare estraneo, che abbia rinunciato all'eredità del padre dell'impubere, non può nemmeno acquistare da costui, se l'impubere ereditò realmente dal padre suo (l): può al contrario acquistare la successione del pupillo, se costui fu diseredato, o fece uso del *beneficium abstinendi* (m).

b) Il sostituto pupillare *heres suus* del padre, può sempre astenersi dall'eredità del padre, ed acquistare l'eredità del pupillo, sia questi diseredato, si astenga o succeda (n).

(b) L. 7. C. h. t.

(i) L. 59. de acqnir. vel omltt. hered. (29. 2.). *Nerat.* Qni patri heres extitit, si ldem filio impuberi substitutus est, non potest bereditatem eius praetermittere. Quod sic recipiendum est, etiam si vivo pnpillo mortnus erit, deinde pupillus impubes decesserit; nam is, qui heres extiterit pupillo quoque beres necessario erit; nam si ipsum invitnm obligat coniugi eam paternae hereditati, et accrescendi iure acquiri cuiennque patris heredi, existimandum est. — L. 20. de iure delib. (6. 30.). — Ved. *Mühlenbruch*, o. c. 432. — *Mayer*, diritto di succ. I. §. 38.

(k) L. 10. §. 2. 3. h. t. *Ulp.* Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est, extitlt patri filius heres; an possit substitutus separare bereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius; iuncta enim hereditas coepit esse. Idemqne est, si pater me heredem scripserit ex parte, et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudlavero; nam neque filii heredltatem habere possum. — L. 27. §. 2. ad SC. Treb. (36. 1.).

(l) L. 10. §. 3. h. t. ved. not. prec.

(m) L. 10. §. 3. (*argum. a contrario*) ved. not. (k). — L. 27. §. 2. fin. ad SC. Trebel. (36. 1.).

(n) L. 40. 41. de acquir. vel omitt. hered. *Ulp.* Qnaesitnm est, an, licet qnis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere, utputa si impuberi fuerit substitutus. In qna specie Iulianus libro vigesimo sexto Digestorum scripsit, incidere eum in Edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati; nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quidquam consequi. Sed Marcellus eleganter distinguit, mnltum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento, an ex parte, ut, si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti. *Iulian.* Filius, qui se paterna bereditate abstinuit, si exheredati fratris bereditati se immiscuerit, et pro berede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere. — L. 12. h. t.

III. Si estingue la sostituzione pupillare, quando manca il fondamento o lo scopo pel quale fu scritta. Onde si estingue:

1) quando il fanciullo muore prima del padre, ovvero esce dalla potestà di lui (o);

2) quando dopo la morte del testatore va soggetto ad un'altra patria potestà; il che però se succede per mezzo dell'arrogazione, il sostituto potrà avere il patrimonio che l'impubere aveva prima dell'arrogazione (p);

3) quando il fanciullo addiviene pubere (q), ovvero quando il testatore abbia segnato un termine più breve della pubertà;

4) se il sostituto non domandò un tutore pel pupillo (r);

5) finalmente quando il testamento del padre è inefficace (s), eccetto che addivenisse invalido solamente in parte e che si fosse da tutt'altro, che dal sostituto, chiesta la *bon. poss.* (t). Non si estingue quando un terzo ripudii dolosamente l'eredità in pregiudizio del sostituto, nè quando l'erede ottenne la restituzione in intiero contro l'adizione della eredità (u).

§. 242.

3) Della sostituzione quasi pupillare.

Per speciale concessione dell'Imperatore è permesso di nominare un erede al proprio figliuolo pubere, nel caso che questi per ostacoli naturali non potesse testare: e la concessione vale solamente quando il figlio morisse senza aver riacquistato la capacità e non lasciasse un *suus he-*

(o) L. 41. §. 2 h. t. *Papin.* Quum filiae vel nepoti, qui locum filii tenuit, aut post testamentum coepit te nere, parens substituit, si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.

(p) L. 17. §. 1. L. 20. de adopt. (1.7.). *Ulp.* Eorum duntaxat pupillorum arrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione, vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam, et substitutionem a parente factam extinguere.

(q) L. 40. h. t.

(r) L. 10. C. de leg. hered. *Theod.* et *Valent.* Sciant qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto eius patre tutorem ei secundum leges non petierint intra annum, omnem eis, sive ab intestato, sive iure substitutionis, successionem eius, si impubes moritur, denegandam.

(s) L. 2. §. 1. L. 10. §. 4. L. 16. §. 1. h. t.

(t) L. 8. §. 5. de inoff. test. (5.2.). *Ulp.* Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit; nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi si pro parte patris rescissum est; tunc enim pupillare valet. — L. 22. 34. §. 2. L. 35. h. t.

(u) L. 2. §. 1. 3. h. t. Ego, etiamsi minor vigintiquinque annis adeundae hereditatis causa fuerit restitutus, puto proficere secundis tabulis, ut Praetor utiles actiones decernat substituto.

res (a). Fu in appresso regola di diritto, e propriamente per costituzione di Giustiniano, che l'ascendente in generale può sostituire un erede al suo discendente mentecatto, qualora questi morisse demente; sostituzione che per analogia della pupillare è detta quasi pupillare.

La differenza tra questa sostituzione e la pupillare consiste massimamente in ciò, che nella seconda il diritto di sostituire appartiene solo al padre ed all'avo paterno in forza della patria potestà; nella prima spetta a tutti gli ascendenti, abbiano o no patria potestà; onde la madre e l'avo materno possono sostituire quasi pupillarmente. Nella seconda inoltre si può sostituire chiunque piacesse al padre; dovechè la facoltà dell'ascendente nella prima è molto più ristretta, in quanto che egli è obbligato di sostituire un prossimo parente, i figli o in caso i fratelli o le sorelle; e solo in mancanza di suoi prossimi parenti potrà la facoltà dell'ascendente estendersi agli estranei (b).

È condizione indispensabile della sostituzione quasi pupillare lo stato perenne di demenza, di guisa che appena terminata la demenza o nel caso che la morte seguisse in un lucido intervallo, si estingue la sostituzione.

I diritti del sostituto sono ancora molto più ristretti che non nella sostituzione pupillare; poichè, morendo il discendente nella demenza, egli non succederà che al solo patrimonio dell'ascendente e non generalmente a tutto il patrimonio del mentecatto.

ANNOTAZIONE

Quest' ultimo punto è molto controverso. Imperocchè alcuni dal principio che la sostituzione quasi pupillare non sia fatta che in analogia della pupillare, cavano la conseguenza che, come in questa, così in quella il sostituto abbia diritto all'intero patrimonio del demente (c).

(a) L. 43. p. h. t.

(b) L. 9. C. h t. *Iust.* Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut, si filium vel nepotem vel pronepotem cuiuscunque sexus babeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum saperet, liceat iisdem parentibus, legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint, his substituere, ut occasione huiusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, nulla querela contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut, si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset, vel si filii aut alii descendentes ex huiusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios, quam ex eo descendentes, unum vel certos vel omnes, substituere. Sin vero etiam alii liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum, unum vel certos vel omnes, eandem fieri substitutionem oportet.—§. 1. Inst. tut. (2. 16.)

(c) *Thibaut*, sist. §. 838 (9. ediz.). — *Schweppe*, §. 813.—*Muhlenbruch*, comp. §. 676. — *Wening*, §. 464.— *Hunger*, diritto di succ. pag. 298. not. 1.— *Franke*, diritto di success. necess. pag. 463. — *Rosshirt*, suc. test. 1. 399. — *Haimberger*, §. 345. not. 10. ed altri.

Altri al contrario tengono fermo che il sostituto quasi pupillare non potrà avere diritto che solo al patrimonio lasciato dall' ascendente al mentecatto (d).

La prima opinione è la più comune, ma non può essere validamente sostenuta.

I giuristi che la seguirono argomentano in principal modo dal §. 1. Inst. de pup. subst., nella quale pare che si stabilisca una stretta analogia tra la pupillare e questa sostituzione; scorgendovi la medesima *ratio*, essi ne tirano naturalmente le medesime conseguenze. In quel luogo è detto che l' ascendente potrà sostituire al discendente mentecatto *ad exemplum pupillaris substitutionis*, che una tale sostituzione anche ad *exemplum pupillaris* cessa appena il mentecatto rinsavisce. Siffatta analogia è fondamento all' opinione contraria.

D' altra parte si noti che la costituzione di Giustiniano inserita nel Codice (e), di cui il paragrafo delle *Instituta* è una relazione, abbatte totalmente quest' opinione: da quella legge non si dimostra quella analogia di principii su cui fondano i contrarii; e solo in un luogo è detto che, come la sostituzione pupillare, la quasi pupillare non dà diritto a *querela inofficiosi testamenti*. Ora il paragrafo delle Istituzioni, che solo ha potuto far nascere quell' opinione, non essendo che la relazione data da Giustiniano della sua costituzione (L. 9. h. t.), va spiegato secondo lo spirito del Codice, e non già il Codice come il passo delle Istituzioni.

Per altro nemmeno l'analogia stabilita dalle Istituzioni tra la pupillare e la quasi pupillare sostituzione è di tal natura da far prevalere la contraria opinione sulla nostra.

La *paritas rationis* determinata da Giustiniano, massime nelle Istituzioni, può essere ammessa nel più ampio significato senza che le conseguenze debbano essere identiche. Infatti la *paritas rationis* esiste intrinsecamente nelle due sostituzioni, anche senz' attendere alla storia delle loro origini. Poste in diritto due sostituzioni, la volgare, e la pupillare di natura sostanzialmente differenti, poichè nella prima la sostituzione ha valore quando l'istituito non diviene erede, nell'altra è valida quando l' istituito divenuto erede, e poi morto nella impubertà, manifestamente analogo a questa seconda è l' istituto della quasi pupillare, in quanto che il sostituto succede dopo che il mentecatto sia morto nella demenza. La mancanza della capacità di testare dell' impubere è inoltre la ragione perchè la legge concede al padre di famiglia la facoltà di nominare un erede all' impubere; parimente l' incapacità di testare del mentecatto abilita gli ascendenti a nominare l' erede pel loro discendente demente. Ma se intorno ai subbietti e al fondamento intrinseco la sostituzione quasi pupillare si parifica alla pupillare, perchè non potrebbero essere differenti le conseguenze, riguardato questo novello istituto in rapporto all' obbietto?

Che Giustiniano dica l' ascendente poter sostituire al suo discendente mentecatto *ad exemplum substitutionis pupillaris* non contraria la nostra opinione: imperocchè quella frase non ha che questo significato, cioè che nella quasi pupillare sostituzione, egualmente come nella pupillare, si può nominare un erede per altri, benchè quanto al contenuto questa istituzione di erede possa essere differente dall' altra. Si aggiunga che una terza forma di analogia, era veduta da Giustiniano

(d) *Unterholzner*, Arch. di Prat. civil. II. 3.— *de Lohr*, eod. V. 3. IX. 7. — *Puchta*, ann. di Erlangen V. pag. 284; *lo stesso*, diritto di consuetudine II. pag. 68.; *lo stesso*, Pand. §. 479.— *Vangerow*, §. 456.

(e) L. 9. C. h. t. ved. not. (b).

quanto all'estinzione; giacchè come la pupillare si estingue con la pubertà dell'istituito, così la quasi pupillare cessa col mancare della demenza: ma in questo come negli altri punti di analogia il contenuto del diritto resta sempre estraneo.

Del resto le conseguenze della sostituzione quasi pupillare ci si presentano sostanzialmente differenti dalla pupillare. Di fatti per qual ragione il testatore dovrebbe sostituire i suoi eredi legittimi e solamente in mancanza di essi qualunque altro?

Tuttociò si può solo sufficientemente spiegare quando si ammette che il sostituto succede unicamente nel patrimonio dall' ascendente lasciato al mentecatto. In caso contrario bisognerebbe supporre che l' ascendente potesse illimitatamente disporre del patrimonio lasciato al mentecatto da altri. Che alcuno avesse il diritto di nominare l' erede di un patrimonio estraneo è un assurdo: nè potrebbe menomamente valere l' analogia della sostituzione pupillare; poichè in questa ciò si spiega sul fondamento della patria potestà; dovechè nella nuova sostituzione di Giustiniano questa non essendovi, resta quella tesi incomprensibile.

È da notare inoltre la pratica inattuabilità dell' opposta opinione. Essendo il diritto di sostituire concesso ad ogni ascendente di qualunque grado e sesso, ed essendo probabile una pluralità di sostituti al patrimonio di un solo mentecatto, nascerebbe fra essi, se ciascuno dovesse succedere nelle intere sostanze, una inevitabile contrapposizione senza possibilità di risolverla. Su questo inconveniente pratico si divide la teoria contraria, in tante e così svariate soluzioni, che mostrano l' inesattezza dei principii (f): quando che secondo la nostra maniera di vedere in questo supposto non vi sarebbe opposizione, dovendo ciascun sostituito succedere nel patrimonio lasciato al mentecatto da ciascun ascendente.

§. 243.

IV. Della nullità dei testamenti.

T. Inst. Quibus modis testamenta infirmantur (2. 17.). — D. de iniusto, rupto, irrito facto testamento (28. 3.).

Può un testamento essere invalido fin dal principio, ed allora si dirà *nullum, iniustum testamentum:* o può in seguito diventar tale per determinate contingenze, ed allora si avrà il *testamentum irritum, destitutum, ruptum* ed *inofficiosum,* del quale sarà trattalo nei seguenti paragrafi.

L'invalidità del testamento ha per effetto irremediabile l'invalidità della istituzione dell'erede, e necessariamente di qualunque altro contenuto; pure in certi casi di eccezione, specialmente quando l'invalidità riguarda direttamente l'istituzione dell'erede, le altre disposizioni possono essere conservate.

Finalmente il testamento può essere o *ipso iure* nullo, ovvero solamente rescindibile.

(f) Ved. *Donelli,* comm. iur. civ. VI. 27. — *Wening,* §. 465. — *Mühlenbruch,* XLI. p. 28. comp. §. 676. — *Thibaut,* §. 840. ed altri. — *Haimberger,* Archivio d. prat. civ. XII. 13.

ANNOTAZIONE

Si afferma comunemente che i testamenti nulli ed invalidi possono essere convalidati pel volontario riconoscimento degli eredi *ab intestato*: ma questo principio concepito così universalmente non può essere ammesso. È invece da porre distinzione tra quei testamenti che sono rescindibili e quelli che sono nulli *ipso iure*; i primi possono essere convalidati certamente, quando vengono riconosciuti dagli eredi *ab intestato*, o quando questi non fanno uso del diritto di rescissione; gli altri per contrario non sono suscettivi di nessuna convalidazione: *quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere nequit*. Onde se in un caso di nullità l'erede *ab intestato* avesse riconosciuto per mezzo di contratto il testamento, ciò giuridicamente non può essere compreso che coi principii della *hereditatis venditio*, supponendo che l' erede *ab intestato* abbia venduta l' eredità a lui devoluta. Che se il riconoscimento fosse avvenuto per altra maniera, anzichè per contratto, non valendo la similitudine della vendita, l'erede istituito non avrà diritto alcuno, e tale riconoscimento si terrà come una *repudiatio* da parte dell' erede *ab intestato*. Certo da questi casi si distingue l' altro, quando una questione di eredità tra l' erede istituito e l' erede *ab intestato* venga decisa per transazione: sul quale caso vi sono due testi di *Scevola* i quali sembrano in contraddizione, ed hanno dato motivo a molte difformi interpretazioni (a). In fatti la legge 3. pr. de transact. (2. 15.). così si esprime « Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: privatis pactionibus non dubium « est non laedi ius ceterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem « defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse , neque manumissis vel legatariis actiones suae ademtae. Quare quidquid ex testamento petunt, « scriptum heredem convenire debent qui in transactione hereditatis aut cavit sibi « pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre ». Al contrario nella legge 14 eod. è detto: « controversiam « inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta certa lege « finita est; quaero creditores, quem convenire possunt? Respondit: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de aere alieno, « quod inter eos convenisset; si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est ».

Secondo il primo testo adunque i legatarii debbono rivolgersi all' erede testamentario; per l' altro i creditori possono rivolgersi egualmente contro l' erede testamentario e l' erede *ab intestato*. La distinzione tra legatarii ed eredi non decide, poichè quell' esempio di legato è messo nel significato di peso della eredità; deve farsi piuttosto differenza tra testamento nullo e testamento rescindibile. Il primo passo parla di testamento rescindibile, onde i legatarii o anche i creditori debbono convenire l' erede istituito, poichè per mezzo della transazione il testamento non si è più rescisso. L' altro passo suppone una transazione avvenuta per un testamento nullo, e risolve che i creditori debbono con utili azioni rivolgersi contro entrambi, successore testamentario e *ab intestato;* il che sembra conseguente, poichè qui, prescindendo dalla transazione, la questione sulla giuridica esistenza del testamento è

(a) Ved. *Mühlenbruch*, XXXVIII. pag. 124.

sempre indecisa, onde nell' incertezza naturale di lasciare per gli altri interessati la medesima norma, che gl'interessati principali hanno riconoscinto per essi stessi con la transazione (b).

§. 244.

1) Testamentum irritum factum.

Un testamento annullato per la *capitis deminutio* del testatore è detto *irritum* (a). In due casi non segue nullità per diminuzione di capo: quando colui ch'era stato fatto prigioniero del nemico dopo aver fatto il suo testamento ritorna, il testamento non ha cessato mai di esser valido, poichè si suppone non esser stato egli mai in schiavitù *(ius postliminii)*; ovvero muore in prigionia, supponendosi per legge Cornelia ch'egli fosse morto nel momento che fu fatto schiavo, onde il testamento non diveniva irrito *(fictio legis Corneliae)* (b).

Da questi due casi in fuori il testamento irrito rimane nullo, anche quando il testatore avesse di poi riacquistato il suo stato, e fosse ridivenuto capace.

A colui che dopo aver testato soffre la *capitis deminutio minima*, ma di poi riacquista la capacità, il diritto pretorio concede la *bonorum possessio secundum tabulas* (c). Secondo i principii stabiliti (pag. 15.) questa *bon. poss.* è *sine re*, ossia ciascun crede *ab intestato* può renderla inutile per mezzo di valide azioni od eccezioni (d); solamente in tre casi essa è *cum re :*

a) quando non vi sono eredi civili *ab intestato*, ovvero quando quelli che vi sono, ripudiano la eredità, o mancano prima di ereditare;

b) quando lo stesso *bonorum possessor* è il più prossimo crede *ab intestato;*

(b) Vedi *Mühlenbruch*, l. c. pag. 143.—Basilic. XI. 2. fr. 14. schol. 1. 5. poss.—*Heimbach*, pag. 686.

(a) §. 4. Inst. h. t. (2. 17.). — L. 6. §. 5. 13. h. t. (28. 3.). *Ulp.* Irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si maior annis viginti venum se dari passus sit ad (actum gerendum) pretiumve participandum. — Confr. L. 4. §. 5. C. de haeret. (1. 5.).

(b) §. 5. Inst. quib. mod. est perm. fac. test. (2. 12.). — L. 6. §. 12. h. t. *Ulp.* Quatenus tamen diximus, ab hostibus capti testamentum irritum fieri, adiiciendum est, postliminio reversi vires suas recipere iure postliminii, aut si ibi decedant, lege Cornelia confirmari. Ergo et si quis damnatus capite in integrum indulgentia Principis sit restitutus, testamentum eius convalescet. — L. 12. qui test. fac. poss. (38. 1.). — L. 16. 18. de capt. et post. (49. 15.).

(c) §. 6. Inst. h. t.—L. 1. §. 8. fin. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).—*Gai.* Inst. II. §. 147.—*Ulp.* XXIII. 6.

(d) L. 12. pr. h. t.—L. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.). — *Ulp.* XXVIII. 13.

c) finalmente quando il testatore, dopo riacquistata la propria idoneità, ha espressamente dichiarata di confermare la disposizione testamentaria.

§. 245.

2) Testamentum destitutum et ruptum.

I. Quando l'erede testamentario ripudia l'eredità, ovvero per un qualunque caso non può adirla, il testamento si annulla per mancanza di eredi, *testamentum destitutum* o *desertum;* in questa come nella precedente nullità col testamento cadono tutte le disposizioni annesse quali i legati e i fedecommessi (a).

II. Il testamento è *ruptum* in due modi, o per mezzo dell'*agnatio postumi*, o mediante la volontà stessa del testatore.

1) Per postumo qui s'intende chiunque sia per nascita, sia per legittimazione, adozione, arrogazione acquista la qualità di *suus* dopo la formazione del testamento (b). Se questi postumi non sono debitamente diseredati, rompono il testamento dal momento che acquistano il diritto di *sui heredes;* e per conseguenza anche per questa specie di nullità si annulla tanto l'istituzione di erede quanto qualunque altra disposizione (c).

2) Il testatore potrà egli stesso annullare la sua disposizione testamentaria per la nota massima: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad supremum vitae exitum:* rivocare così ciascuna disposizione, singolare, come tutto intiero il testamento in ogni istante della sua vita (d).

3) In generale il testatore può rivocare l'atto della sua ultima volontà

(a) §. 2. Inst. ad leg. Falcid. (2. 22.).—§. 7. Inst. de hered. quae ab int. (3. 1.).—L. 181. de R. J. (50. 17.).

(b) § 1. Inst. h. t.—L. 3. pr. §. 1. L. 6. h. t.

(c) §. 1. Inst. de lib. exher. (2. 13.).—L.1. C.de post. (6.29.). *Antonin.* Si post testamentum factum, quo postumorum suorum nullam mentionem testator fecit, filiam suscepit, intestato vita functus est, quum agnatione postumae, cuius non meminit, testamentum ruptum sit. Ex rupto autem testamento nihil deberi neque peti posse, explorati iuris est.

(d) L.32. §. 3.de don. int. vir. et uxor. (24. 1.).*Ulp.* Poenitentiam accipere debemus supremam. Proinde si uxori donavit, deinde eum poenituit, mox desiit poenitere, dicendum est, donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium; quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, quum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum. L. 12. §. 1. h. t. *Ulp.* Si paganus, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, omnimodo prius testamentum ruptum est; quo rupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere deberet. Et quum haec verba sint fideicommissi, et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt non solum legata et fideicommissa, sed et libertatis et heredis institutio. — L. 4. de adim. vel trasf. leg. (34. 4.). — L. 6. C. qui test. fac. poss. (6. 22.). — L. 19. C. de test. (6. 23.).

con la formazione di un novello testamento (e): col quale viene annullato il primo così necessariamente, che anche l'espressa dichiarazione del testatore che rimanga valido il suo primo testamento, non ne impedisce la rottura, ma produce solo che le disposizioni contenutevi valgono come disposizioni fedecommessarie (f). Su questo proposito fa d'uopo osservare:

a) Che il nuovo testamento debbe essere perfetto, e capace di trasmettere altrui la successione (g): onde il primo testamento resterà fermo, quando nel secondo è stato trasandato un *suus heres* (h); quando a colui ch' è istituito nel secondo testamento manca la *testamenti factio passiva*; quando l'istituzione dell'erede è fatta sotto condizioni in *praesens* o in *praeteritum relatae;* quando in generale il secondo testamento non è perfetto sia rispetto a forma sia a contenuto.

b) Annullato il primo testamento con la formazione di un altro posteriore, qualunque sorte avesse questo secondo atto non potrà mai influire sul primo; cosicchè se il secondo è invalidato, sia per vizio proprio come per esterne contingenze, come se addiviene irrito per la nascita di un postumo, l'antico testamento non per questo rivive (i). Si eccettui il caso che il testatore distrugga l'ultimo testamento con intenzione di convalidare il precedente; allora l'erede istituito in questo può avere una valida *bonorum possessio secundum tabulas* (k).

Quando il testatore ha fatto un secondo testamento nel falso supposto che l'istituito nel primo più non esistesse o non fosse più idoneo, l'istitu-

(e) §. 7. Inst. h. t. —L. 35. 100. 153. de R. I. (50. 17.).

(f) §. 3. Inst. h. t. — L. 12. §. 1. h. t. ved. not. (d) — L. 29. ad SC. Trebell. (36. 1.).

(g) §. 2. Inst. h. t. — L. 1. h. t.

(h) L. 7. de lib. et post. (28. 2.). — *Paul.* Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur; et eo iure utimur.

(i) §. 2. Inst. h. t. Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit, in his casibus paterfamilias intestatus moritur; nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas habet vires, quum ex eo nemo heres extiterit. —L. 16. h. t. L.—36. §. 4. de test. mil. (29. 1.).

(k) L.11. §. 2. de bon. poss. secundum tab. (37.11.). *Papin.* Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui iuris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se in arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui iuris effectus codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis, quae in hoc iudicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius, qui opponit, aestimatur.

zione nel primo testamento rimane, ed il secondo vale solamente per la prestazione dei legati (l).

4) Il testamento può essere rivocato con dichiarazione fatta nel protocollo giudiziario, ovvero innanzi a tre validi testimoni quando sieno decorsi 10 anni dalla formazione di esso (m). Il testamento scritto può essere rivocato con lacerare l'atto, cancellare il nome dell'erede, la firma, o i segni dei testimoni ecc. (n).

V. Dei testamenti privilegiati.

§. 246.

1) Del testamento militare.

T. Inst. de militari testamento (2. 11.). — D. de testamento militis (29. 1.); — De bonorum possessione ex testamento militis (37.3.); — C. de testamento militis (6.21.). — *Huenel*, de testam. mil. diss. L. 1815. 1816.

Il testamento militare è il più privilegiato dei testamenti, in quanto che per essere valido non abbisogna di alcuna solennità, bastando la certezza della volontà in qualunque modo si provasse.

Il soldato che può far un simil testamento è quello che è registrato negli eserciti attivi, e non quello ch'è di guarnigione o nei quartieri d'inverno (a).

1) Perciò che riguarda la persona del testatore, il soldato dev'essere in generale capace di testare: tal è ancorchè per delitto commesso sia condannato a pena capitale, purchè non abbia violato il giuramento, ed abbia impetrato il permesso (b); tal è ancorchè dubiti di essere capace, e non ha bisogno di accertarsene.

(l) L. 92. de hered. (28. 5.).

(m) L. 27. C. de testam. (6. 23.).

(n) L. 1. §. 10. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.). — L. 1. §. 8. si tab. test. nullae ext. (38. 6.). — L. 30. C. de test. (6. 23.).

(a) Pr. §. 3. Inst. h.t. — L. 1. 42. h. t. *Ulp*. Militibus liberam testamenti factionem primus quidem Divus Iulius Caesar concessit, sed ea concessio temporalis erat; postea vero primus Divus Titus dedit; post hoc Domitianus; postea Divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit, eamque ea Traianus secutus est, et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis. *Quum in notitiam meam prolatum sit, subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam, secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut, quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quo modo volent, faciant, quo modo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.*

(b) L. 11. pr. h. t. — L. 13. C. h. t. *Valerian. Gallien. Claudiae.* Et militibus nostris, cen-

2) Rispetto alla forma è affatto libero: scritto, è valido senza testimoni; al nuncupativo ne sono sufficienti due, e ciò per ricordare le volontà del testatore; più un testamento fatto contro le regole di diritto prima che il testatore sia militare e però nullo, si convalida quando sia riconfermato sul campo; finalmente la clausola codicillare per convalidare un testamento è sempre sottintesa in quello del soldato (c).

3) Rispetto al contenuto le facoltà del soldato sono così ampie da distruggere anche il concetto della successione testamentaria. Di fatti il militare può istituire gl'incapaci, eccetto l'eretico e la donna vissuta con lui in una relazione immorale (d); può diseredare i suoi eredi necessarii; nominare eredi nel codicillo; morire *pro parte testatus e pro parte intestatus:* istituire eredi a *dies certus*, e sotto condizioni risolutive; onde il diritto di accrescimento tra i coeredi non può aver luogo se non è chiaramente disposto nell'atto testamentario (e). Similmente il soldato può sostituire volgarmente agli eredi estranei, anche quando questi siano addivenuti eredi; può inoltre sostituire pupillarmente anche senza fare testamento per sè, e non solo ai figliuoli in potestà, ma ancora agli emancipati, ed oltre il termine della pubertà (f).

4) Le regole sulle nullità non valgono pel testamento militare (g).

Nondimeno esso è sottoposto al diritto comune per quanto riguarda

turionibus quoque ob flagitium militare damnatis, non aliarum quam castrensium rerum testamenta facere permittitur, et intestatis iure proprio succeditur a fisco.

(c) §. 1. 4. Inst. h. t.—L. 3. 9. §. 1. L. 15. §. 2. L. 23. 24. 40. h. t. *Ulp.* Ut est rescriptum a Divo Pio in eo, qui, quum esset paganus, fecit testamentum, mox militare coepit; nam hoc quoque iure militari incipiet valere, si hoc maluit miles. — L. 3. C. h. t.

(d) L. 13. §. 2. L. 41. §. 1. *Tryph.* Mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut Divus Hadrianus rescripsit. L. 13. h. t. *Ulp.* Et deportati, et fere omnes, qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui possunt. Sed si servum poenae heredem scribat, institutio non valebit. Sed si mortis tempore in civitate inveniatur, institutio incipit convalescere, quasi nunc data hereditate. Et generaliter in omnibus id poterit dici, quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut a milite institui poterit. — L. 5. C h. t. — L. 22. de haeret. (1. 5.).

(e) §. 6. Inst. h. t. — L. 6. 8. 9. pr. L. 15. §. 4. L. 19. §. 2. L. 33. 36. §. 2. L. 37. L. 41. h. t. — L. 1. 2. 9. C. h. t.

(f) L. 5. 15. §. 5. L. 28. 37. 41. §. 2-5. h. t. *Tryph.* Nec tutorem et, qui in aliena est potestate, miles dare potest. Si miles exheredaverit filium, vel sciens, eum filium suum esse, silentio praeterierit, an legatum a substituto eius dare possit, quaesitum est. Dixi, non posse, licet ampla legata reliquerit. Exheredato miles et emancipato filio substituere potest. Verum hoc ius in his exercebitur, quae ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerint, non etiam in his, si quae habuerit, vel postea acquisierit; nam et si filio suo, vivo adhuc avo, substituit, post acquisitam ei avi hereditatem, nemo diceret, ad substitutum pertinere. — L. 1. C. h. t

(g) §. 5. Inst. h. t.—L. 7. 19. pr. §. 1. L. 22. 23. h. t. *Ulp.* Qui iure militari testatur, etsi ignoraverit praegnantem uxorem, vel non fuit praegnans, hoc tamen animo fuit, ut vellet, quisquis sibi nasceretur, exheredem esse, testamentum non rumpitur.

le condizioni impossibili, l'istituzione capziosa di un erede, il senatoconsulto Liboniano, e la nomina di un tutore, essendo anche al militare inibito di nominare un tutore agl'impuberi che non ha sotto la patria potestà (h).

Il testamento militare non dura più del tempo che il soldato sta sotto le armi; solamente ritiene l'efficacia ancora per un anno quando quegli è dagli eserciti licenziato con onore (i).

Oltre ai soldati partecipano al privilegio:

a) totalmente quegli che seguendo il campo, muoiono in paese nemico *(testamentum quasi militare)* (k);

b) ristrettamente alla facoltà di diseredare i figli: quelli che dispongono di un peculio castrense o quasi castrense (l).

§. 247.

2) Testamentum rusticorum.

Privilegiato è ancora il testamento fatto in campagna tra i contadini (rustici), ma non largamente come quello de'militari. Deve per regola avere sette testimoni, se non che qualora riesce impossibile di riunirli tutti, bastano cinque.

Se qualcuno dei testimoni non sappia scrivere, gli altri sottoscriveranno il testamento per sè e per chi non può: e se nessuno sa scrivere, la loro testimonianza è nondimeno valida.

È necessario sempre che conoscessero appieno la volontà del testatore, e dopo la sua morte di lui la confermassero con giuramento (a).

§. 248.

3) Testamentum parentum inter liberos.

Schroter, de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus, Iena 1819.— *Euler*, de test. et divis. parentum inter lib. Bon. 1832.

Per altri rispetti è privilegiato il testamento di colui le cui disposizioni riguardano i figliuoli o i nipoti figli dei figli. Per la validità è suffi-

(h) L. 15. §. 2. L. 41. §. 2. h. t. ved. not. (f). — L. 11. C. h. t.
(i) §. 3. Inst. h. t. — L. 21. 26. pr. L. 38. §. 1.
(k) L. 44. h. t. — L. un. pr. §. 1. de bon. poss. ex test. mil. (27. 13.).
(l) Pr. §. 6. Inst. h. t. — L. 37. pr. §. 1. C. de inoff. test. (3. 28.).
(a) L. 31. C. de testamentis (6. 23.). — *Marezoll*, Arch. di prat. civ. IX. 15.

ciente una disposizione scritta dal testatore, che contenesse i nomi dei discendenti e le rispettive porzioni con lettere e senza cifre. È necessario che la data sia premessa alla disposizione (a).

Di testimoni non è bisogno, nè che la scrittura sia tutta di mano del testatore.

Il testamento non è efficace se non rispetto ai figli, l'istituzione di un estraneo è come non messa; i legati tuttavia sono validi anche per le persone estranee, purchè sia il testamento scritto tutto dalla mano del testatore, ed abbia almeno cinque testimoni. Un testamento anteriore formale non vien rotto da un simile testamento, il quale a sua volta non può essere rivocato se non innanzi a sette testimoni. Finalmente il testamento *parentum inter liberos* dev' essere assolutamente scritto, il nuncupativo va soggetto alle regole comuni (b).

Per la semplice divisione tra il padre e i figli si richiede un documento sottoscritto o dal padre ovvero dai figli (c).

§. 249.

4) Del testamento dei ciechi e sordimuti.

Il testamento de' ciechi è privilegiato, ma nel senso che le formalità vi sono aumentate. E di vero i testimoni devono essere assolutamente sette, ai quali deve aggiungersi un notaio; ed in caso che questi non vi fosse e non sia possibile averlo, bisogna che siano otto i testimoni. Non è sufficiente la nomina degli eredi, ma è necessario che essi siano minutamente descritti rispetto così alla loro persona, come alle loro condizioni e dignità. Dopo questo è mestieri ancora che il testatore lo sottoscriva alla presenza de'testimoni, ovvero, se fosse scritto prima da un altro, bisogna che sia letto innanzi a tutti. Dopo queste formalità tutti sottoscrivono il testamento ed appongono i loro sigilli (a).

I sordimuti per infermità sopraggiunta devono scrivere il loro testamento di propria mano (b) (§. 230.).

(a) L. 21. §. 1. C. de test. (6. 23.). — Nov. 107. c. 1.

(b) Nov. 107.

(c) Nov. 18. c. 7.—Nov.107. c. 3.—confr. L. 20. §. 3. L.32. 33.39. §. 1.famil. erc. (10. 2.).— L. 10. 16. 21. C. eod. (3. 36.).

(a) L. 8. C. qui test. fac. (6. 22.).

(b) L. 10. C. eod. (6. 22.).

§. 250.

VI. Dell' esecuzione de' testamenti.

T. D. testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur (293); — C. h. t. (6. 32.);—D. de SC. Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur (29. 5.); — C. ad SC. Silanianum (6. 35.).—D. de tabulis exhibendis 43. 5.—C. h. t. (8. 7.). — *Paul.* receptae sententiae IV. 6. — *Mühlenbruch*, comm. XLIII. p. 370. ss.

Pe'testamenti scritti che hanno sette testimoni la legge determina una apertura e lettura solenne *(recitatio).*

A quest'oggetto il testamento dev'essere esibito al Pretore entro tre o cinque giorni dalla morte del testatore (a). Sono allora i testimoni chiamati a riconoscere i loro sigilli, e del testamento così aperto innanzi ad essi si fa copia e si depone nell'archivio del pretorio. È a tutti permesso di leggere il testamento, tranne che il testatore lo ha inibito espressamente, e tranne la data, affinchè non sia falsificata (b).

Se qualcuno di quelli che hanno suggellato il testamento manca alla solenne apertura, gli si deve mandare il testamento, affinchè riconosca il suo segno; in caso che fossero tutti morti, o per qualunque altra ragione mancassero, il testamento deve aprirsi innanzi a sette persone d'illibata opinione, quindi fattone un istrumento, si manda agli assenti, se ancora esistessero (c).

Colui che non esibisce il testamento può esservi costretto dagl'interessati con l'interdetto *de tabulis exhibendis.*

Per l'esecuzione dei testamenti alle volte son nominate persone addette: esecutori testamentarii. Possono essere nominati nel testamento; esecutori *testamentarii* propriamente detti: possono essere nominati dalle parti interessate; esecutori *convenzionali:* dati dal magistrato si chiamano *dativi;* dati dalla legge *legali* (d). La qualità giuridica dell'esecutore testamentario è quella del mandatario, onde è soggetto alle regole medesime. Il suo ufficio è quello di partire la eredità secondo gli stabilimenti del testatore.

(a) *Paul.* rec. sent. IV. 6. §. ult.
(b) L. 1. 2. h. t. (29. 3.). — L. 3. C. (6. 32.). — L. 2. 7. h. t. (29. 3.).
(c) L. 2. §. 1. de tab. exhib. (43. 5.).
(d) L. 28. 46. 49. C. de episc. (1. 3.). — Nov. 131. cap. 11. 12.

APPENDICE XIII.

Forme de' testamenti.

I. La più antica successione è senza dubbio la legale o *ab intestato;* il principio, che la persona del defunto gli sopravviva, pone la necessità di stabilire chi deve in futuro rappresentarla. La legge si conformò allo stato più naturale dell'uomo cioè alle relazioni della famiglia, secondochè questo nome si comprese nelle varie epoche della storia del diritto romano. Perchè poi fosse data allo stesso individuo la facoltà di designare il proprio erede, convenne dare alla volontà di lui autorità di legge. Questa ragione spiega le forme antichissime del testamento romano cioè:

1) Il *testamentum calatis comitiis conditum:* il quale consisteva nella dichiarazione dell'ultima volontà fatta innanzi alle assemblee popolari, adunate a tal fine: i patrizii la dichiaravano innanzi ai comizii curiati, ed i plebei avanti ai centuriati convocati due volte l'anno. Questo testamento in fondo non era che una successione per legge;

2) *testamentum in procinctu,* il quale negli antichi tempi era fatto ancora nei comizii militari, convocati appositamente più tardi prima della battaglia (a).

A queste due forme di testamento successe quella per *aes et libram,* quando la *mancipatio,* forma solenne per l'acquisto della proprietà, si applicò ancora alla successione. Secondo questa forma il testatore vendeva tutto il suo patrimonio *(familia)* ad un amico *(amicus fiduciae)* con l'obbligo di dividerlo tra le persone ch'egli additava. Questo testamento non conteneva propriamente l'istituzione dell'erede, ma ne teneva il posto il *familiae emtor: (loco heredis).*

Nei primi tempi la *mancipatio* si applicò rigidamente per dar validità ai testamenti; ma poscia il testamento per *aes et libram* si compiè accogliendo l'istituzione dell'erede, e cessando di simulare la vendita della *familia.* Nei primi tempi dell'impero, e propriamente fiorendo i giureconsulti romani al testamento per *aes et libram* si procedeva a questa guisa: alla dichiarazione della volontà presenti il *familiae emtor,* il *libripens* e cinque testimoni, ossia sette persone oltre il testatore, nè era contrario al diritto che l'erede stesso facesse da testimone. Secondo le regole della *mancipatio* i testimoni erano cittadini romani, latini, o latini *Juniani,* sebbene a costoro mancasse la *testamenti factio;* e tutti erano convocati appositamente. Questo testamento conteneva due parti.

1) La *mancipatio familiae* di carattere analogo all'antica, ma con formola speciale che indicava l'ufficio del *familiae emtor,* il quale diceva: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatela, tutela custodotelaque mea, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicum hoc aere, aeneaque libra est mihi emta* (b).

2) La seconda parte consisteva nella *nuncupatio et testatio;* il testatore prendeva le *tabulae,* e le leggeva innanzi ai testimoni, dichiarando esser quello il suo testamento con le parole: *haec ita ut in tuis tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibitote.* Il testa-

(a) Gai. Inst. II. 101.

(b) *Gai.* Inst. II. 101-108. — *Ulp.* fragm. XX. 3-6. L. 20. §. 2. qui testamenta fac. poss. (28. 1.).

mento veniva chiuso e sopra si apponevano i sigilli *(adnotatio o superscriptio)* (c).

Tutte queste formalità cominciarono a cadere in disuso per opera de' Pretori, i quali per concedere le *bon. poss. secundum tabulas* non richiedevano che un testamento segnato da sette testimoni (d).

Negli ultimi tempi dell' impero le forme della *mancipatio* e della *nuncupatio* non furono più esattamente osservate, finchè cessarono in tutto. Una costituzione di Costantino riconosce non essere più quelle forme essenziali al testamento; onde la *nuncupatio* ne prende tutto il posto, e ad essa si riduce il testamento sotto Teodosio; intervengono i soli testimoni senza il *familiae emtor* nè il *libripens*. Così in questa epoca testamento *per nuncupationem* significò quello che più tardi si disse *nuncupativum* ossia verbale. Ma pel testamento scritto si vollero sette testimoni aggiungendo anche la *subscriptio* interna senza tuttavia che i testimoni conoscessero il contenuto del testamento. Quest'ultima forma prevalse e fu adottata da Giustiniano.

SEZIONE III.

Della successione necessaria.

De Poll, de exheredatione, et praeteritione Amstel. 1700. — *Heise, de successoribus necessariis*, Gött. 1802. — *Bluntschli*, svolgimento della successione contro il testamento secondo il diritto romano 1829. — *Franke*, il diritto degli eredi necessarii, Gött. 1831.

§. 251.

Della successione necessaria in generale.

L'arbitrio del testatore di nominare a suo erede chiunque gli talenta, è temperato, in quantochè alcune persone hanno necessariamente diritto alla sua successione in questa forma.

1) E si ha diritto d'essere nominato erede, ovvero d'essere debitamente *(rite)* diseredato, non potendo essere dimenticato nel testamento.

2) O si ha diritto benanche a ricevere qualche cosa per mezzo del testamento; il quale diritto ad una porzione legittima è chiamato successione necessaria materiale in opposizione della prima detta successione necessaria formale.

Mancandosi a siffatte regole, segue una successione contro il testamento, ossia il testamento può essere impugnato in doppia guisa secondo la forma della successione necessaria violata.

La successione necessaria adunque debbe distinguersi nella formale e nella porzione legittima; hanno entrambe di comune, che gli eredi necessarii diventano eredi anche contro la volontà del testatore.

(c) L. 20. §. 4. L. 30. qui test. fac. poss. (28. 1.).

(d) L. 1. §. 10. 11. de bon. poss. secundum tabulas (27. 11.). — *Gai.* Inst. II. 119. 147.

I. Successione necessaria prima della Novella 115.

A. Obbligo della formale istituzione o diseredazione.

§. 252.

1) Dell'istituzione dell'erede necessario.

T. Inst. de exheredatione liberorum (2. 13.); — D. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis (27. 2.). — C. de liberis praeteritis vel exheredatis (6. 28.); — Eod. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis (6. 29).

Le regole su questa materia possono distinguersi rispetto ai subbietti che hanno diritto d'essere istituiti o debitamente diseredati, rispetto alla stessa istituzione, e finalmente rispetto alle cose.

I. Debbono essere istituiti o debitamente diseredati i *sui* del testatore, ossia coloro che trovansi sotto la sua patria potestà, e che divengono *sui iuris* dopo la sua morte (a). Tra i *sui* van compresi non pure quelli che esistono al tempo della formazione del testamento, ma anche i *postumi sui*, nel largo significato giuridico di questa parola; per lo che appartengono a quest'ordine:

1) Coloro che sono nati dopo il testamento, e che sono per mezzo della nascita entrati nel rapporto di *suità*.

2) Coloro che sono stati adottati, arrogati, e legittimati dopo la formazione del testamento (b).

3) Quelli che ricevono il diritto di *suità* perchè esce di mezzo qualche *suo*, nel cui posto succedono.

4) Finalmente sono da noverare tra i postumi del padre coloro che, morto l'avo, vengono a sottoporsi alla patria potestà di lui (c).

II. Rispetto alla istituzione, affinchè l'erede necessario non si tenesse come dimenticato nel testamento, bisogna osservare le seguenti regole secondo il diritto civile:

1) L'istituzione dell'erede deve esser fatta incondizionatamente: la condizione sospensiva imposta all'erede annulla il testamento: anzi l'apporre una condizione impossibile, ove in generale nell'istituzione di un erede estraneo vale come cosa non fatta (§. 234.), nell'istituzione di un

(a) L. 11. h. t.

(b) §. 1. Inst. quib. mod. test. infirm. (2. 17.).—L. 8. de test. mil. (29. 1.).—*Gai.* inst. II. 138.—*Ulp.* fragm. XXIII. 3.

(c) L. 28. §. 1. L. 29. §. 1. h. t.

erede necessario annulla il testamento, ossia è riguardato come una *preterizione* (d). Questi principii sono nondimeno temperati così:

a) La condizione che dipende unicamente dalla volontà dell' erede *suus* istituito, è considerata valida (e), e produce questi effetti: se vi sono coeredi o sostituti, *deficiente conditione*, l'eredità è loro devoluta: se poi il *suus* fosse solo istituito, sta in suo arbitrio accettare l'eredità per testamento o chiederla *ab intestato*, purchè in ambedue i casi esegua i legati (f). Morendo l'erede istituito senza aver dichiarato come avrebbe voluto succedere, bisogna distinguere: se la condizione è di tal natura che non poteva più essere adempiuta nel punto della morte, e se è certo che durante la vita di lui è stata deficiente, avrà *ipso iure* ereditato *ab intestato*, onde la successione è devoluta agli eredi del *suus heres;* ovechè se la condizione si sarebbe potuto adempiere ancora nell'ultimo punto della vita del *suus*, l' eredità non sarà devoluta agli eredi di lui, ma agli altri eredi del testatore (g).

b) L'erede *suus* può essere anche istituito sotto condizioni casuali, quando, queste mancando, il testamento lo diseredi: è pure necessario che la sorte della condizione si dimostri al tempo della vita del *suus heres*, poichè durante la sua vita questi dev'essere istituito o diseredato; altrimenti è considerato come preterito (h).

c) La regola suddetta non valeva per le figlie e pe'nipoti (i); ma Giustiniano loro anche l'estese: sicchè nell'ultima legislazione è un principio generale (k).

III. La preterizione, cioè la non formale istituzione o diseredazione di un *suus heres*, produce rottura dell'atto, la nullità del testamento, eccetto che fosse un testamento militare (l).

Differenti sono le conseguenze secondo il diritto pretorio, poichè, trasandati gli eredi necessarii di quel diritto, cioè gli emancipati, ed in generale tutti *i liberi*, non segue la nullità dell'atto. E di vero *i liberi* istituiti sotto una condizione casuale, senza essere, mancando la condizione, diseredati, non sono immediatamente chiamati alla *bonorum possessio contra tabulas*, ma possono come tutti gli altri eredi, *pendente conditione*, avere il possesso de'beni *secundum tabulas*. Se la condizione si avvera,

(d) L. 15. de cond. instit. (28. 7.).
(e) L. 4. 6. 69. 86. cod. L. 20. §. 4. de bon. lib. (28. 5.).
(f) L. 4. pr. §. 2. h. l. L. 1. §. 8. si quis omissa causa (29. 4.).
(g) L. 5. h. t. — L. 28. de cond. inst. (28. 7.).
(h) L. 28. h. l.
(i) L. 4. pr. L. 6. §. 1. h. t. — L. 1. §. 8. de suis et leg. heredib. (38. 16.).
(k) L. 4. C. de lib. praet. (6. 28.).
(l) §. 6. Inst. h. l. L. 7. — 9. 30. 33. §. 2. L. 36. §. 2. de test. mil. (29. 1.).

saranno eredi testamentarii, se al contrario è deficiente, la *bon. pos. sec. tab.* avrà effetto di *bonor. poss. contra tabulas* (m). Anche l'erede per diritto civile, ossia il *suus* nello stretto significato della parola, poteva usare del diritto pretorio; il *suus* tuttavolta aveva la scelta o di succedere *ab intestato*, ovvero domandare il possesso dei beni *secundum tabulas* che poi, come è detto, si mutava *contra tabulas;* quando che l'emancipato ed *i liberi* in generale potevano usare solamente de'mezzi del diritto pretorio (n).

ANNOTAZIONE

(1) La teorica de'postumi, come la si legge nella ultima riforma giustinianea è una delle più semplici, ma per giungere a quello stato ebbe a traversare una serie di modificazioni, le quali, sebbene appartengano alla storia, pure giova ricordare, per rendere di più facile intendimento molti frammenti, e segnatamente la leg. 29. *de suis et leg. hered.* (o).

La regola costantemente mantenuta nel diritto romano dalle origini fino a *Giustiniano*, è, che i postumi devono essere istituiti o debitamente diseredati. Questo principio però per una specialità dell'antico diritto non produceva effetto alcuno, poichè nè la istituzione, nè la diseredazione di un postumo impediva la rottura del testamento, e la ragione era, perchè, essendo i postumi, nati dopo la redazione del testamento, *personae incertae* al tempo della fazione, non potevano essere nè istituiti, nè diseredati. Quanto agli altri postumi, non avendo la qualità di *sui* alla data del testamento non potevano in questa qualità essere istituiti, molto meno diseredati.

Una tale contraddizione, cioè l'obbligo ad istituire o diseredare tutti i postumi, e malgrado ciò non si evitava punto la rottura del testamento, fu tolta gradatamente mercè le seguenti modificazioni:

1) Si rileva da un frammento di Ulpiano (p), essersi accettata dalla giureprudenza romana, probabilmente nel VI secolo di Roma, una modificazione, e consisteva nel dare facoltà al testatore d'istituire o diseredare un proprio figliuolo in caso nascesse dopo la sua morte. Tale modificazione facendo evitare la rottura del testamento, fu un aiuto potente, in quanto ad essa non si poteva in questo caso provvedere con un altro testamento. Questa eccezione, essendo più tardi accettata pel nipote, quando il figlio era già morto alla data del testamento, fu estesa anche di più, e fu il primo passo per le ulteriori modificazioni. Questi postumi furono appellati *legittimi*.

(m) L. 3. §. 11 14 de bon. poss. contra tab. (37. 4.). — L. 2. §. 1. L. 3. pr. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

(n) L. 2. §. 1. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

(o) Questa legge conosciuta dalle scuole col nome *Lex Gallus* famosa per le molteplici e svariate interpetrazioni è riportata da noi per intera nella not. (g), e nell'interpetrarla abbiamo creduto allontanarci in molti punti dalla lettura del Cod. fiorentino.

(p) *Ulp.* Fragm. XXII. 19. Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes: si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili, si vero viventibus nobis ex lege Iunia.

2) Da Gallo Aquilio fu introdotta una formola, mercè cui si evitava la rottura del testamento con istituire o diseredare un nipote anche quando il figlio, vivendo al tempo della fazione del testamento, muore durante la vita del testatore, dato però che questo nipote nasca dopo la morte di entrambi (q). Tali postumi si dissero *aquiliani*.

(q) L. 29. de liberis et post. (28. 2.). *Scaev.* Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: *si filius meus vivo me morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto.* §. 1. Quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit. §. 2. Idem credendum est, Gallum existimasse et de pronepote, ut dicat testator: *si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos, et cetera.* § 3. Sed et si vivo filio, iam mortuo nepote, cuius uxor praegnans esset, testamentum faceret, potest dicere: *si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos.* §. 4. Num si et filius, et nepos vivant, concipere poterit utrisque mortuis, vivo se, tunc qui pronepos nasceretur? Quod similiter admittendum est; ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur. §. 5. Et quid, si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim, si aquae et ignis interdictionem pateretur? Quid, si nepos, ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus, emancipatus esset? Hi enim casus, et omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Velleiam. Sed ex sententia legis Velleiae et haec omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint. §. 6. Quid, si, qui filium apud hostes habebat, testaretur? Quare non induxere, ut, si antea quam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis, post mortem scilicet avi, nasceretur, non rumperet — nam hic casus ad legem Velleiam non pertinet? — Melius ergo est, ut in eiusmodi utilitate, praesertim post legem Velleiam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque praeteritus; atque etiam si generaliter, quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur. §. 7. Si eius, qui filium habeat, et nepotem ex eo instituat, nurus praegnans ab hostibus capta sit, ibique vivo filio pariat, mox ille post mortem patris atque avi redeat, utrum hic casus ad legem Velleiam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit, possitque vel ex iure antiquo, vel ex Velleia institutus non rumpere? Quod et quaerendum est, si iam mortuo filio nepotem instituat, redeatque mortuo. Sed quum testamentum ab eo non rumpitur, nihil refer, utrum ex iure antiquo, an ex lege Velleia excludatur. §. 8. Forsitan addubitet quis, an istis casibus, si nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque mortuo patre deinde avo nascatur, an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non recte institutus esset. Quod minime est expavescendum; hic enim suus heres nascitur, et post mortem nascitur. §. 9. Ergo et sic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset, adoptat. §. 10. In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus, nam frustra exheredabitur post mortem suam; quod non esse necessarium in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat, et in nepote certe et pronepote, quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus, quia possunt praeteriri. §. 11. Nunc de lege Velleia videamus; voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. §. 12. Et videtur primum caput eos spectare, qui, quum nascerentur, sui heredes futuri essent. Et rogo, si filium habeas, et nepotem nondum natum tantum ex eo heredem institutus filius decedat, mox vivo te nepos nascatur? Ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos, eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum et si vivo patre; quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici, quum satis sit observari id tempus, quo nascitur, — nam et si

La giureprudenza romana non si attenne strettamente alla forma aquiliana, che applicò con qualche modificazione alla istituzione o diseredazione di un pronipote, sia quando il figlio fosse morto alla data del testamento ed il nipote vivesse, sia viceversa fosse morto il nipote e vivesse il figlio, ovvero che entrambi vivessero, ma che si prevedeva la loro morte durante la vita del testatore (L. cit. §§. 1-4.).

Va da sè che per mettere in atto la formola aquiliana fa mestieri istituire debitamente il figlio, imperocchè la diseredazione del nipote dopo la morte del figlio diseredato sarebbe di nessun momento, e non avendo in questo caso il nipote nulla ereditato, non vi sarebbe neppure obbligo ad istituirlo (L. cit. §. 10.).

3) Un decisivo progresso in questa teorica fu segnato dalla legge *Iunia Velleia* probabilmente verso l'anno 763 di Roma. Fu evitata la rottura del testamento anche nascendo il postumo durante la vita del testatore; essa aveva due capitoli:

a) Il primo riguardava i discendenti che nascevano dopo la redazione del testamento, ma durante la vita del testatore, ed acquistavano già con la nascita la qualità di *sui* (L. cit. §§. 12. 13.).

Secondo che si esprime la legge, essa fu estesa anche ai nipoti, e quello ch'è più, senza distinguere se il figlio vivesse o no alla data del testamento, purchè però fosse morto al tempo della nascita. Questi postumi furono conosciuti col nome di *Velleiani primi*.

b) Il secondo capitolo della legge Giunia riguardava invece quei discendenti, i quali erano già nati alla data del testamento, ma, vivendo ancora una o più persone messe tra essi e il testatore, non avevano a quel tempo la qualità di *sui heredes* (L. cit. §. 13-15.).

Certo, la istituzione di tali eredi era permessa anche prima, poichè essendo essi

ita verba sunt: QUI TESTAMENTUM FACIET, IN OMNIS VIRILIS SEXUS, QUI EI SUUS HERES FUTURUS ERIT, et cetera, etiamsi vivente parente vivo nascantur? — §. 13. Sequenti parte succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum; et ita interpretandum est, ut si et filium, et nepotem, et pronepotem habeas, mortuis utique pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat. Et bene verba se habent: SI QUIS EX SUIS HEREDIBUS SUUS HERES ESSE DESIERIT, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus; nec solum si nepos vivo patre decedat, ne succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed et si supervixit patri, ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus §. 14. Videndum, num hac posteriore parte: SI QUIS EX SUIS HEREDIBUS SUUS HERES ESSE DESIERIT, LIBERI EIUS, et cetera IN LOCUM SUORUM SUI HEREDES SUCCEDENDO, possit interpretatione induci, ut, si filium apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas, non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpat; nihil enim addidit, quo significaret tempus, nisi quod, licet audenter, possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse, licet post mortem decedat, quia nec redit, nec potest redire. §. 15. Hic casus in difficili est, si filium habeas, et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat; non enim suus heres est tempore, quo nascatur, nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui iam natus erit. Denique et superiore capite, ut liceat instituí nondum natos, qui, quum nascentur, sui erunt, permittit; posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus, quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat. Iuliano tamen videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. §. 16. Quaeremus tamen, quum recepta est Iuliani sententia, an, si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem; quod magis probandum est, nam emancipatione suus heres fieri non potuit.

nati prima della redazione del testamento, erano *personae certae*, nè è d'attribuire alla legge Velleia la facilità data d'istituire tali eredi; però apporta la importante modificazione, che tale persona istituita o debitamente diseredata se acquistava dopo la qualità di *suus*, morendo la persona intermedia, mentre per diritto antico non era evitata la rottura del testamento, ed era mestieri provvedere con un novello, secondo la legge Velleia il testamento rimaneva fermo. Una simile determinazione valeva non solo pel nipote, ma anche per il pronipote, e quanto a quest' ultimo era indifferente se fosse morto prima il nipote poi il figlio o viceversa; in quest' ultimo caso il nipote, ossia il padre del pronipote debbe essere istituito o diseredato affinchè il testamento non fosse rotto da lui. Tali postumi furono detti *Velleiani secundi*.

Per mezzo della formola Aquiliana, e la legge Giunia Velleia non si esaurirono tutti i casi, ma una dottrina posteriore conseguente ai principii estese ad altri quelle determinazioni, e specialmente:

Con l'autorità di Salvio Giuliano è d'aversi lo stesso principio per quei casi, i quali trovansi tra il primo e il secondo capitolo della legge Velleia, p. e. il postumo che nasce dopo la compilazione del testamento, e addiviene *suus*, dopo che la persona intermedia muore, anzi che per mezzo della nascita. Tali postumi sono perciò appellati *Salviani* o *Iuliani*.

Similmente il testamento non sarà rotto da alcuni postumi che non sono compresi nella legge Velleia: p. e. se uno istituisce un nipote mentre vive il figlio, la nuora incinta partorisce in prigionia dell'inimico, il nato ritorna dopo la morte del padre e dell'avo; questo postumo è nato vivente il testatore, e da questo lato può essere tenuto come *postumus Velleianus*, ma ritornando, acquista i diritti di postumo dopo la morte del testatore, e da questo lato può essere riguardato come *postumus Aquilianus*. In questa guisa fu più estesa dalla giureprudenza la legge Giunia Velleia e la formola Aquiliana (L. cit. §. 7.).

Queste modificazioni riguardarono solamente due categorie di postumi, cioè quelli che acquistavano i diritti di suità con la nascita, e quelli che addivenivano *sui* per la morte della persona intermedia; non riguardavano punto i postumi che acquistavano i diritti di suità del padre per la morte dell'avo, e quelli che l'acquistavano per adozione. La scienza intanto per via di analogie regolò con le medesime modificazioni le altre due categorie di postumi.

Se si addiveniva *postumus* del padre, perchè morto l'avo paterno, era ritenuto il figlio non rompere il testamento del padre fatto sul *peculio castrense* o *quasi castrense*, se in quello fosse stato istituito o debitamente diseredato (r).

Non v'era unanimità tra i giureconsulti pel caso che si acquistasse i diritti di suità per adozione o arrogazione. In una parte Gaio sosteneva la rottura del testamento, anche quando l'adottato dopo la compilazione del testamento vi si trovasse

(r) L. 28. §. 1. de lib. et post. (28. 2.). *Tryphon.* Filiusfamilias miles de castrensi peculio fecit testamentum habens filium in eiusdem potestate; quum militare desiisset patre eodemque avo defuncto, quaesitum est, an rumpetur eius testamentum? Non quidem adoptavit, nec hodie ei natus est filius, nec priore subducto de potestate suo herede ulterior successit in proximum locum, sed tamen in potestate sua habere coepit, quem non habebat, simulque paterfamilias factus est, et filius sub eius recidit potestate; rumpetur ergo testamentum. Sed si heres sit institutus, vel exheredatus iste eius filius, non rumpitur, quia nullo circa eum novo facto, sed ordine quodam naturali nactus est potestatem.

istituito (s), dall' altra Scevola e Papiniano difendevano la dottrina contraria (t); ma essendo la opinione di questi ultimi giureconsulti stata ricevuta nelle Pandette, la controversia deve riguardarsi come risoluta in quest' ultimo senso. Nel caso invece della diseredazione di un estraneo, ch'è di poi adottata, deve produrre la rottura del testamento anche nell' ultimo diritto (u), meno però quando un figlio emancipato o dato in adozione, è arrogato o riadottato, perchè in entrambi questi casi il testamento resta nel suo pieno vigore (v). Per analogia valgono i medesimi principii per il legittimato.

Infine perchè tutti questi principii avessero piena validità, conveniva che il testatore ponesse mente alle parole della istituzione; egli istituiva bene qualora avesse adoperato questa espressione: *sive vivo me, sive mortuo natus fuerit*, che se invece avesse detto: *qui vivo me natus fuerit*, e il postumo fosse nato dopo la morte, quantunque istituito, rompeva appena nato il testamento (x). Questo principio rigoroso fu modificato da Giustiniano, poichè volle in simile caso dovesse decidere più la intenzione che la espressione del testatore (y); si che quando in un sol caso è avvenuta, la istituzione dev'essere valida in entrambi; tale principio non si applica al caso della diseredazione per il noto principio *exheredationes non sunt adiuvandae.*

(2) La *bonorum possessio* per il suo carattere speciale merita in questo luogo un più attento esame. Essa nella teoria della successione necessaria non si rappresenta solo come un mezzo d'impugnare il testamento e rescinderlo: ma come un mezzo ancora di dare piena esecuzione al testamento: nel primo caso la *bonorum possessio*, diretta contro il testamento, è detta *contra tabulas;* nel secondo, poichè mantiene con suoi spedienti la disposizione testamentaria, è detta *secundum tabulas.*

(s) Gai. Inst. II. 140.

(t) L. 18. de iniust. rupt. test. (28. 3.). *Scevola.* Si, qui heres institutus est, a testatore arrogetur, potest dici satis ei factum, quia et antequam adoptetur, institutio ut in extraneo locum habebit. — L. 31. §. 1. de lib. et post.

(u) L. 8. §. 8. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.). *Ulp.* Sed in extraneo Marcelli sententiam probat, ut exheredato ei arrogato postea non noceat.

(v) L. 23. pr. de liber. et post. (28. 2.). — L. 8. §. 7. 10. de bon. post. contro tab. *Ulp.* Si quis emancipatum filium exheredaverit, eumque postea arrogaverit, Papinianus libro duodecimo Quaestionum ait, iura naturalia in eo praevalere; ideirco exheredationem nocere. Si filium in adoptiva familia constitutum pater naturalis exheredaverit, deinde sit filius emancipatus, nocebit ei exheredatio.

(x) L. 10. de post. et leg. (28. 2.). *Pomp.* Commodissime is, qui nondum natus est, ita heres instituitur: *sive vivo me, sive mortuo natus fuerit, heres esto*, aut etiam pure, neutrius temporis habita mentione; si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum, quia hic filius nec sub conditione quidem scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento apprehensus.

(y) L. 4. C. de post. hered. (6. 29.). *Iustinian.* Quidam, quum testamentum faciebat, his verbis usus est: *si filius vel filia intra decem mensium spatium post mortem meam editi fuerint, heredes sunto*, vel ita dixit: *filius vel filia, qui intra decem menses proximos mortis meae nascentur, heredes sunto.* Iurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est, an videantur non contineri testamento, et hoc ruptum facere. Nobis itaque eorum sententiam decidentibus, quum frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adiuvantes, ex neutra huiusmodi verborum compositione ruptum fieri testamentum videtur, sed sive vivo testatore, sive post mortem eius intra decem menses a morte testatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, maneat testatoris voluntas immutilata, ne poenam patiatur praeteritionis, qui suos filios non praeteriit.

I. La *bonorum possessio contra tabulas* opera contro il testamento; pur giova distinguere se chi se ne avvale è un *suus*, ossia un erede necessario per diritto civile, ovvero un erede necessario per diritto pretorio p. e. l'emancipato; imperocchè il primo solamente per mezzo della *bonorum possessio* apre una vera successione *ab intestato* (z). Onde si noti che:

1) I soli *liberi praeteriti* hanno diritto alla *bon. poss. contra tabulas*, nè gl'*instituiti*, nè i *rite* diseredati (w); eccetto che:

a) Gl'*instituiti* possono far uso della *bon. poss. contr. tab.* quando è stato preterito un altro erede necessario, il quale però trovasi nello stato di usare della medesima *bon. poss.* (aa). Da questo emerge che la preterizione di un emancipato può essere di giovamento anche ai *sui* istituiti, specialmente quando sieno istituiti in meno della loro porzione *ab intestato*, poichè per mezzo della *bon. poss. commisso per alium edicto* ricevono quella porzione (bb). Bisogna però osservare:

α) Quegli può adoperare la *bon. poss. contr. tab. commisso per alium edicto*, cui questo diritto sarebbe spettato in caso ch'egli stesso fosse stato preterito nel testamento; una eccezione è pel figlio dato in adozione, il quale sebbene per una preterizione *edictum non committit*, pure può far uso della *bon. poss. commisso per alium edicto* (cc). Questo favore vale pel solo figlio, non già pel nipote dato in adozione durante la vita del padre, e quando quegli crediti per sè stesso, non già quando l'acquisti per l'istituzione di altri (dd). Se chi fu dato in adozione è istituito sotto condizione, dipende dall'esito della medesima; ossia a condizione avverata viene ammesso alla *bon. poss.*, altrimenti *repellitur ab ea possessione* (ee).

β) Se l'istituito entra nella eredità, e s'immischia come *suus heres*, viene escluso dalla *bon. poss.*; il Pretore lo tutela solamente per quello ch'egli ha ricevuto per la istituzione, e non per quello che avrebbe acquistato facendo uso della *bon. poss.*; sicchè dovrà egli star pago di quanto riceve per mezzo della istituzione (ff). Una ec-

(z) Ved. *Mühlenbruch*, pag. 45. — *Fabricius*, origine e svolgimento delia *bon. poss.* pag. 104.

(w) L. 1. pr. de bon. poss. contr. tab. (27. 4.).

(aa) L. 3. §. 11. h. t.

(bb) L. 8. §. 14. eod.

(cc) L. 8. §. 11-13. L. 10. pr. §. 1-3. L. 13. §. 2. h. t.—L. 1. §. 2. de coniug. cnm emac. lib. (37. 8.).

(dd L. 8. §. 11. L. 10. pr. L. 13. §. 1. h. t. *Ulp.* In adoptionem datos filios non snmmoveri Praetor volnit, modo beredes instituti sint; et boc iustissime enm fecisse Labeo ait, nec enim in totnm extranei sunt. Ergo si fuerint heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem; sed ipsi soii non committent Edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis, qui solent committere Edictum. Sed si ipse scriptns non sit, sed alius, qui ei acqnirere hereditatem potest, non est in ea causa, nt cnm ad bonorum possessionem contra tabnlas admittamns. Ut autem admittantur ad bonornm possessionem, ex liberis esse eos oportet; ceternm si adoptivnm filium dedi in adoptionem, et beredem scripsi, commisso per alios Edicto bonorum possessio contra tabulas ei notabitur.

(ee) L. 11. eod. *Paul.* Si in adoptionem datns snb conditione scriptus sit heres a natnraii patre, alio committente contra tabulas Edictum, et ipse veniet; sed si defecerit conditio, repellitur ab ea possessione. Idem puto et in eo, qui pure quidem, sed non iure scriptus sit heres.

(ff) L. 14. b. t. *African.* Si duobus filiis emancipatis aiter heres institutus sit, alter praeteritus, si institntus adierit, quamvis verbis Edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit, quia iudicium patris secutus sit; nec enim emancipa-

cezione è riconosciuta in favore del figlio dato in adozione, al quale è data la *bon. poss.*, quantunque espressamente o tacitamente siasi immesso nell'eredità (gg).

κ) L'erede potrà chiedere la *bon. poss.*, quando anche non sia certo che il *praeteritus* facesse uso del suo diritto; che se dopo veramente il *praeteritus* non se ne vale, quella *bon. poss. contra tabulas* avrà valore di *bon. poss. secundum tabulas* (hh).

b) Quanto al diseredato, per regola generale egli non potrà mai avere una simile *bon. poss.*; poichè la diseredazione non perde valore quando il contenuto del testamento è reso inefficace dalla *bon. poss.*, e solamente quando il testamento sia per diritto civile nullo, come quando rinunziano all'eredità tutti gli eredi istituiti, o quando è preterito un *suus heres*, cade ancora la diseredazione; in questo solo caso adunque il diseredato verrà riconosciuto come erede *ab intestato* accanto a coloro che adoperano la *bon. poss. contra tabulas* (ii).

tum si legatum acceperit, admitti ad bonorum possessionem, sive ab heredibus institutis, sive ab his, qui contra tabulas petierint, acceperit. Sed illud observandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat dum tamen non ampliorem quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset, ut hactenus deteriorem causam suam fecerit; quodsi ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. Quodsi is, qui in potestate est, heres institutus sit, quoniam necessarius heres fit, non aliud dici posse, quam et ipsum petere posse bonorum possessionem, si modo hereditati se non immiscuerit; tunc enim, quia iudicium patris comprobasse videtur, in eodem loco, quo emancipatum, haberi debere. — L. 15. §. 2. de legat. praest. (37. 5.).

(gg) L. 10. §. 2. 3. h. t. *Ulp.* Si in adoptionem datus, posteaquam iussu patris adoptivi hereditatem adiit, emancipatus fuerit, potest contra tabulas bonorum possessionem accipere, hereditatem que ipse potius habebit, quam pater adoptivus. Illud notandum est, quod, et si adierit hereditatem in adoptionem datus, contra tabulas ei datur; alias autem si quis legatum, si quis portionem sibi datam agnoverit, a contra tabulas bonorum possessione repellendus est.

(hh) L. 10. §. 6. L. 14. pr. L. 15. §. 1. de leg. praest. (37. 5.). *Ulp.* Hi, qui propter alios contra tabulas bonorum possessionem petunt, non exspectant, ut praeteriti bonorum possessionem accipiant, verum ipsi quoque bonorum possessionem petere contra tabulas possunt; quum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, iam non curant, petant illi, nec ne, bonorum possessionem.

(ii) L. 8. pr. L. 10. §. 5. L. 20. pr. h. t. *Tryphon.* Filium, quem in potestate habebat, exheredavit, emancipatum praeteriit; quaesitum est, quatenus emancipatus bonorum possessionem habiturus sit. Dixi, si scripti heredes extranei adierint hereditatem, repellendum esse filium, qui mansit in potestate. Quodsi hi repudiaverint hereditatem — quod facile sunt facturi, nihil laturi ex hereditate propter eum, qui contra tabulas accepit bonorum possessionem; — filius ab intestato patri suus heres deprehendetur, emancipatus autem petens contra tabulas bonorum possessionem, solus habebit bonorum possessionem. Sed quum exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius sit momenti, ideoque non obstare eam, nec quo minus contra tabulas liberorum patris accipiat bonorum possessionem. Iulianus recte respondit, ne testamentum per omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse videatur, redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum ex asse heredem, ab intestato patre emancipatum Praetor in parte dimidia tueatur. Erit ergo venale beneficium scripti heredis extranei, ut, quum ipse iure hereditatis nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum, praestetque assem emancipato filio iure contra tabulas bonorum possessionis; si autem omiserit hereditatem, in portionem bonorum exheredatum effectum admittet iure factum solum suum heredem. Sed quemadmodum Praetor emancipatum tueatur, si adita non fuerit hereditas, ita nec filius, qui in potestate remansit, aditione adhibita in totum expellendus erit, sed ad hereditatis petitionem

2) La *bonorum possessio contra tabulas* è fondata quando per mezzo del testamento si può aprire la successione, ovvero sarebbe riconosciuta una *bonorum possessio secundum tabulas;* ossia quando il testamento non abbia altro vizio che quello della detta preterizione; poichè se fosse difettoso in altre parti, ne seguirebbe anzichè la *bon. poss. contra tab.* una successione *ab intestato* (kk). Un'applicazione di questo principio avviene quando un erede necessario è diseredato in un testamento anteriore, e preterito in un testamento pretorio *(testamentum imperfectum)*, allora solamente gli si potrà accordare la *bon. poss. contra tab.* quando tutti gli eredi istituiti potessero far uso della *bon. poss. secundum tabulas*, ossia quando fossero tutti eredi *ab intestato* del testatore (ll).

3) La *bonorum possessio contra tabulas* ha la virtù di annullare il contenuto materiale del testamento, ma con ciò, come avvertimmo, non segue che l'eredità si apre *ab intestato*, quantunque essa venga divisa fra coloro che adoperano la *bon. poss.*, secondo le norme di una successione legittima (mm). Per la qualcosà, non essendo conseguenza di questa *bon. poss.*, la successione *ab intestato*, la Nov. 118 non è applicabile: onde bisogna stabilire, che non solo non devono essere compresi nella partizione quei discendenti che, benchè avessero diritto alla successione *ab intestato*, come il nipote figlio della figlia, pure non abbiano diritto d'impugnare il testamento ove non sieno istituiti o debitamente diseredati; ma ancora che rimane intatta la *nova clausola Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis;* sul qual punto è da osservare:

a) La pratica importanza della *nova clausola* consiste in ciò che il nipote restato sotto la patria potestà dell'avo concorre con suo padre già emancipato, in modo che entrambi ricevono una sola porzione, cioè quella stessa che il padre avrebbe ricevuto se fosse restato sotto la potestà del defunto come *suus heres;* che si divide fra loro per metà, e secondo questa proporzione si stabilisce anche il diritto di accrescere (nn).

b) La *nova clausola* non è applicata certamente quando non è emancipato il fi-

admittendus est ex causa inofficiosi querelae contra emancipatum movendae. — L. 1. §. 5. de coniung. cum emanc. lib. (37. 8.). — L. 32. de lib. et post. (28. 2.). — L. 1. §. 3. si tab. test. nullae extab. (38. 6.).

(kk) L. 19. h. t. *Tryphon.* Quod vulgo dicitur, liberis datam bonorum possessionem contra lignum esse, sic intelligendum est, ut sufficiat extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas, vel secundum eos bonorum possessio peti potuit, quamvis neutrum eorum postea secutum sit, vel sequi potuit, nam si vel omnes instituti, substitutique ante testatorem deces serint, vel bis scriptus heres fuerit, eum quo testamenti factio non fuit, peti contra tabulas inane est, quae sine effectu foret.

(ll) L. 12. §. 1. h. t. ved. — *Mühlenbruch*, comm. XXXVIII. pag. 446. — *Fabricius*, l. c. pag. 131.

(mm) L. 11. §. 1. h. t. *Paul.* Expleto iuris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur; igitur nepotes ex uno filio unam partem habebunt.

(nn) L. 1. pr. §. 2. 3. 7. 11. L. 7. de coniung. cum emanc. lib. (37. 8.). *Ulp.* Et in adoptionem datus filius, et heres institutus ad hoc Edictum pertinet, ut ei iungatur nepos, qui in avi sui naturalis potestate est; iungitur autem nepos patri suo emancipato, sive pater praeteritus sit, sive institutus. Et haec erit differentia inter in adoptionem datum et emancipatum, quod in adoptionem quidem dato non alias iungitur, nisi instituto et alio committente Edictum, emancipato autem, sive sit institutus emancipatus, sive sit praeteritus. — L. 1. §. 9. L. 12. pr. de bon. poss. contra tab. (37. 4.). — Confr. L. 13. §. 2. de bon. poss. c. t. (37. 4.).

glio ma il nipote del defunto, o quando entrambi sono emancipati, ovvero nessuno dei due, poichè in tutti questi casi il nipote è escluso dal padre suo (oo). Oltre a ciò non si può applicare la *nova clausola* quando il nipote non sia figlio naturale dell'emancipato, ma fu adottato dall'avo *quasi ex eo nato;* ovvero quando il nipote fosse adottato invece del figlio emancipato; nel qual caso se il *nepos in locum filii adoptatus* resta fino alla morte in potestà del testatore, riceve l'intera porzione; se all'incontro prima della morte fosse emancipato, verrà escluso dal padre (pp). Il nipote, che dopo la morte del padre è adottato dall'avo in luogo di figlio, riguardato quindi come padre dei suoi fratelli, esclude in tale condizione tutti gli altri: emancipato innanzi la morte dell'avo, cessa d'esser riguardato come padre dei suoi fratelli, e non sarà applicata la *nova clausola Iuliani* (qq).

4) Non tutto però il contenuto del testamento viene annullato per mezzo della *bonorum possessio contra tabulas*, ma rimangono le sostituzioni pupillari, i legati, e per analogia anche la tutela testamentaria.

a) Resta la sostituzione pupillare quando per altro il testamento sia valido secondo il diritto civile; che se al contrario è trasandato un *suus heres*, ovvero il testamento è *destitutum*, la sostituzione pupillare come la diseredazione è di nessun momento. Se poi lo stesso sostituto pupillare abbia chiesto la *bon. poss.*, egli perde ogni diritto come sostituto (rr).

b) Sui legati evvi un editto speciale, *edictum de legatis praestandis;* coloro contro i quali si fa uso di questo editto non sono tuttavia obbligati ad osservare tutti i legati, ma solamente quelli costituiti per le *personae coniunctae;* alle quali appartengono i genitori ed i figli senza riguardo se agnati o cognati, se nella famiglia del

(oo) L. 1. §. 6. de coniung. cum emancip. lib. *Ulp.* Si pater in potestate manens exheredatus, vel institutus sit, nepotem ex eo, sive in potestate manentem, sive emancipatum, ad bona avi neque vocari, neque vocandum esse, Scaevola ait; toties enim nepoti consulendum est, quoties in potestate retentus est patre emancipato. Liberos igitur in familia esse oportet, ut huic Edicto locus sit, eius scilicet familia, cuius bonorum possessio petitur. Sed et si postumus natus sit ex emancipato, ante emancipationem conceptus, idem erit dicendum. — L. 6. §. 1. de bon. poss. c. t. L. 5. §. 1. si tab. test. nullae extab. (38. 6.).

(pp) L. 1. §. 9. de coniung. cum emanc. lib. (37. 8.). *Ulp.* Si pater ex duobus filiis, quos in potestate habuit, alterum emancipaverit, et nepotem ex eo in locum filii adoptaverit, et praeterito emancipato decesserit, Iulianus ait, nepoti in locum filii adoptato succurri oportere, ut quasi filius portionem habeat, quam haberet, et si extraneus adoptatus esset. Sic fiet, inquit, ut filius, qui in potestate fuit, tertiam partem, nepos in locum filii adoptatus aliam tertiam, emancipatus filius cum nepote altero retento in potestate partiatur; nec enim minus debet ferre nepos in locum filii adoptatus, quam si ab extraneo esset adoptatus. — L. 3. §. 3. 4. L. 13. §. 3. de bon. poss. c. t.

(qq) L. 3. §. 1. de bon. pos. c. t. (37.4.). *Ulp.* Si duos habens nepotes, alterum emancipatum loco filii adoptaverit, videndum, an solus ille quasi filius admittatur. Quod ita scilicet procedit, si, quasi patrem eius nepotis, quem retinuerat, sic adoptaverit; melius est autem dicere, posse eum solum ad bonorum possessionem pervenire.

(rr) L. 22. L. 34. §. 2. de vulg. et pup. subst. (28. 6.). *Gaius.* Is, qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione. *Paul.* Si duobus a milite liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio; nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem. — L. 5. §. 4. de legat. praest. (37. 5.). — L. 2. pr. de his, quae ut ind. (34. 9.).

testatore ovvero in una estranea adottiva; soltantochè pei figli adottivi si richiede che non sia sciolto il legame di adozione (ss). Entra ancora nel favore dell'editto il *praelegatum dotis* lasciato alla propria moglie, o a quella del figlio o del nipote purchè il prelegato sia *dotis nomine* (tt); se la moglie o la nuora non ha dote, non vale il prelegato, quantunque fatto *sub praetextu dotis* (uu).

Le persone congiunte possono chiedere il legato quando non fanno uso della *bon. poss. contra tabulas*, sicchè per essi è alternativo il diritto di avere il legato o riconoscere la *bon.poss.* (vv); è inoltre richiesto che il legato si acquistasse dal congiunto direttamente, e non per mezzo del figlio o dello schiavo; e che fosse sempre da lui ritenuto: onde non sarebbero tenuti a soddisfare il legato i possessori dei beni se esso dovesse restituirsi a persone estranee. Per contrario se il legato fosse dato a persone estranee, perchè si restituisse ad un congiunto, dovrebbe essere pagato. Le medesime regole si estendono alla donazione per causa di morte (ww).

A fine di rimuovere ogni pregiudizio da coloro che chiedevano la *bon. poss.*, fu stabilito, che le persone *coniunctae* non potessoro conseguire più di quanto riceveva l' erede necessario con la *bon. poss.* (xx).

(ss) L. 1. pr. §. 1. 2. 3. de leg. praest. (37. 5.). *Ulp.* Et liberos Praetor excepit, nec gradus liberorum parentumve enumeravit; in infinitum igitur iis praestabitur. Sed nec personas prosecutus est, utrum ex virili sexu, an ex feminino descendant. Quisquis igitur ex liberis parentibusque fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si iura cognationis sunt inter eos. Liberos autem etiam eos ad legatorum petitionem admittimus, qui in adoptionem dati sunt, vel etiam in adoptivi, dummodo maneant liberi. Postumis liberis legata relicta utique praestabuntur.

(tt) L. 1. pr. L. 8. §. 3. 4. 6. L. 9. eod. *Ulp.* Si quid uxori nuruique fuerit legatum praeter dotem, accepta contra tabulas bonorum possessione non praestabitur. Nurus autem appellatione et pronurum ceterasque contineri, nulla dubitatio est. Quum autem dotis nomine legatur, non puto, ad virilem uxorem nurumve redigendam, quum mulier ista ad aes alienum veniat. Non solum autem dotem praelegatam Praetor complectitur, verum etiam si pro dote aliquid fuerit relictum, utputa si dos in rebus sit, et pro rebus ei quantitas relinquatur, vel contra, dum tamen hoc nominetur, quod pro dote relinquitur.

(uu) L. 15. §. 3. eod. *Paul.* Ei, quae dotem non habet, nullum legatum debebitur, licet sub praetextu dotis legetur.

(vv) L. 5. §. 2. h. t. *Ulp.* Omnibus autem liberis praestari legata Praetor voluit, exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem Praetor dedit ex causis supra scriptis; nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere. Constituere igitur apud se debet, utrum contra tabulas bonorum possessionem petat, an vero legatum persequatur; si elegerit contra tabulas, non habebit legatum, si legatum elegerit, eo iure utimur ne petat bonorum possessionem contra tabulas.

(ww) L. 3. §. 2. 4. 5. 6. L. 5. §. 2. 6. L. 7. eod. *Ulp.* Hoc autem solum debetur, quod ipsis parentibus relictum est, et liberis; ceterum si servo eorum fuerit adscriptum, vel subiectae iuri eorum personae, non debetur, nec enim quaerimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus sit. Sed et si coniunctim ei fuerit legatum relictum cum eo, cui non praestatur, sua tantum portio ei conservabitur. Item si quis ex his personis rogatus sit restituere extero, quod sibi relictum est, dicendum, non esse legatum praestandum, quia emolumentum ad eum non respicit. Sed si proponas extero legatum, rogatumque eum praestare hoc alicui ex liberis parentibusque, consequenter dicemus, praestari debere. Hoc amplius, et si extraneo relictum sit sub hoc modo, ut alicui ex liberis praestet, aequissimum erit dicere, non debere ei Praetorem denegare actionem.

(xx) L. 7. 23. eod. L. 3. fin. L. 7. de coniung. cum emancip. lib. (37. 8.).

Quando vi sono nel testamento molti gradi d'istituzione, chi domanda la *bon. poss.*, non è obbligato di riconoscere i legati verso tutte le persone congiunte, ma solamente verso quelle che trovansi nel grado contro cui è ammessa la *bon. poss.*

Non tutti coloro che ereditano per *bon. poss. contra tabulas* debbono riconoscere i legati a favore delle persone congiunte; il *suus heres* preterito n'è in ogni caso liberato, poichè potendo egli far annullare il testamento ed abbattere quindi anche la disposizione dei legati, debbono per lui gli effetti della *bonorum possessio contra tabulas* assomigliarsi alla successione *ab intestato* (yy). Se insieme col *suus* è dimenticato ancora un emancipato, neppure questi è obbligato a riconoscere i legati; per contra se il solo emancipato fosse preterito e il *suus* chiedesse la *bon. poss. commisso per alium edicto*, deve pagare i legati alle *persone coniunctae* (zz); parimente debbono pagarsi quando il *suus* è istituito e l'emancipato dimenticato nel testamento, ed entrambi fanno uso della *bon. poss.* (aaa).

Finalmente i legati alle *personae coniunctae* devono essere prestati da tutti quanti sono ammessi alla *bonorum possessio contra tabulas*, anche quando ne fosse imposto il carico nel testamento ad uno di essi, pel quale si riconosca la *bon. poss. commisso per alium edicto* (bbb).

5. La *bonorum possessio contra tabulas* si estingue o pel trascorso del tempo richiesto per l'*agnitio*, o per l'accettazione del testamento (ccc).

II. Può il testamento essere mantenuto in vigore con la *bonorum possessio secundum tabulas*. È principio generale del sistema di successione pretorio, che quando per qualunque motivo non abbia luogo la *bon. poss. contra tabulas*, debba aprirsi quella *secundum tabulas* (ddd). L'applicazione di questo principio può scorgersi nei seguenti casi:

Se nel testamento sono trasandati gli eredi necessarii pretorii *(liberi)*, sicchè il testamento sia valido *iure civili*, nel caso che costoro rinunciano alla *bon. poss. contra tabulas*, o mancano prima dell'*agnitio*, possono gli eredi istituiti chiedere la *bonor. poss. secundum tabulas*, ovvero entrare nei beni in qualità di *heredes*. All'incontro nel caso che fosse trasandato un *suus heres*, sicchè il testamento sia nullo

(yy) L. 15. pr. L. 16. de leg. praest. (37. 5.). *Paul.* Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret; nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure. Unde, si duo praeteriti sunt, emancipatus et is, qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam, quam, etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? verius est, quod dictum est. Ubi vero scriptus est, et voluntatem patris habet, debet teneri legatariis, etiamsi omiserit bonorum possessionem.

(zz) L. 16. eod. — Ved. not. prec.

(aaa) L. 15. pr. eod. — Ved. not. (yy). — L. ult. de coniung. cum emanc. lib. (37. 8.). — Conf. L. 14. pr. L. 15. §. 1. de leg. praest. (37. 5.). — L. 17. de iniust. rupt. test. (28. 3.).

(bbb) L. 14. § 1. de legat. praest. (37. 5.). *Ulp.* Si ab uno ex filiis herede instituto nominatim alicui ex liberis parentibusque legatum datum sit, et acceperit bonorum possessionem contra tabulas cum aliis, melius est probare, omnes, qui contra tabulas bonorum possessionem acceperunt, cogendos id legatum praestare.

(ccc) L. 10. §. 3. in fin. L. 14. pr. L. 15. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.). — Ved. not. (yy). — L. 5. §. 2. de leg. praest. (37. 5.)

(ddd) L. 2. de bon. poss. secund. tab. (37. 11.).

iure civili, se il dimenticato rinuncia alla *bon. poss. contra tabulas*, facendosi forte del diritto civile, potrà anche essere riconosciuta la *bon. poss. secundum tab.*, ma, secondo i principii, *sine re* (pag. 20.). È controverso se la *bon. poss. sec. tab.* sia *cum re* nella prima ipotesi, e quando l'erede istituito chieda la *bon poss. secundum tab.*, astenendosi il *suus*, morendo prima di entrare nell'eredità.

1) Il *suus* si astiene dalla eredità. È dubbio se l'istituito sempre avesse la *bon. poss. secund. tab. cum re*, ovvero nel solo caso che egli fosse il più prossimo erede *ab intestato*. *Cuiacio* opina nel secondo modo, e la sua opinione è seguita da qualche moderno (eee): Argomenta dalla legge 71. *de iniust. rup. test.*, ma senza ragione; imperocchè in quella legge non è detto che al fratello istituito sia data la *bon. poss. sec. tab. ex bono et aequo*, talchè se ne possa conchiudere che a nessun'altro sia da concedere, ma il significato di quella legge è piuttosto il seguente, che il fratello istituito *ex bon. et aequo* deve pagare tutti i legati, sebbene per principio del diritto civile mancando il testamento dovrebbero mancare anche i legati. Secondo l'opinione nostra la *bonor. poss.* è per qualunque istituito *cum re;* questa successione *ab intestato* non è deferita ai più prossimi eredi *ab intestato*, poichè il *suus*, secondo il concetto del diritto civile è erede e rimane tale ancora non ostante l'astensione; essi hanno la *bon. poss. intestati*, alla quale è sempre preferita la *bon. poss. sec. tab.* (fff).

2) Il *suus heres* muore prima del testatore. Se per *suus* qui s'intende il postumo, è evidente che la *bon. poss. secund. tab.* è sempre *cum re*, eccetto quando nel testamento rotto dal postumo vi fosse un *suus* o un emancipato diseredato, nella quale ipotesi si apre *ab intestato* la successione *unde liberi* (ggg); se poi si trattasse di un *suus iam natus* preterito, si avrà la *bon.poss. sec. tab. cum re*, quando gl'istituiti fossero nel medesimo tempo i più prossimi eredi *ab intestato* del testatore (hhh).

3) Finalmente se il *suus* morisse dopo il testatore, si comprende di leggieri che la *bonor. poss. secundum tab.* degli eredi istituiti rispetto all'erede del *suus* defunto dev'essere sempre *sine re* come rispetto al *suus* medesimo; e solamente quando gli eredi del *suus* facciano uso del *ius abstinendi* si ha lo stesso caso contemplato nel n.° 1. (iii).

§. 253.

2) Della diseredazione.

Diseredare è rimuovere dall'istituzione di erede chi senza ciò sarebbe chiamato necessariamente alla successione. Per esser valida la diseredazione dev'essere fatta debitamente *(rite)*, e specialmente deve avere questi requisiti:

(eee) *Cuiacii*, in lib. V. Respons. Papin. ad leg. 17. de iniust. rupto test.—*Franke*, pag. 108. not. 25. — *Leist. histor. bon. poss. sec. tab.* pag. 41.

(fff) L. 2. C. unde liberi (6. 14.). — L. 2. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.). — *Franke*, pag. 108. — *Mühlenbruch*, XXXVI. pag. 325. — *Leist*. 1. pag. 279.

(ggg) L. 13. de doli mal. except. (44. 4.). — *Fabricius*, B. P. pag. 112.

(hhh) *Mühlenbruch*, XXXVI. pag. 310.—*Fabricius*, orig. delle B. P. pag. 111.—*Leist*. B. P. II. 1. pag. 289. not 6.

(iii) *Vangerow*, o. c. §. 472. 73.

a) Deve escludere assolutamente ed espressamente l'erede *suus* (a);

b) Deve estendersi a tutte le facoltà del testatore (b).

c) Finalmente deve estendersi a tutti i gradi; ossia quando nel testamento vi sono istituzioni e sostituzioni, la diseredazione non deve riguardare le prime o le altre, ma tutti i gradi d'istituzione e sostituzione; sicchè la diseredazione fatta nel primo grado si suppone, senza bisogno di ripetizione, negli altri gradi (c).

Bisogna nondimeno osservare che:

Poichè per diritto civile la preterizione dei *sui*, che esistono al tempo del testamento, annulla quest'atto fin dal principio, la preterizione dei postumi la rompe *ex post:*

1) Se il *suus* esistente al tempo del testamento non è diseredato da tutti i gradi, vale la massima: *eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere* (d).

Perciò se il *suus* è preterito nel primo grado, e diseredato nel secondo, non succede il *suus*, ma il sostituto, aprendosi la successione nel secondo grado (e); se è diseredato nel primo grado, e preterito nel secondo viene escluso dagli eredi istituiti nel primo grado; ma, mancando questi per qualunque cagione la eredità non passa al secondo grado, bensì al

(a) L. 5. §. 1. L. 13. §. 2. L. 29. §. 10. h. t. (28. 2.). *Iulian.* §. 2. Testamentum, quod hoc modo scribitur: *Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto*, nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est; quare et contra tabulas paternorum libertorum huiusmodi filius bonorum possessionem accipere poterit. — L. 19. pr. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.).

(b) L. 19. h. t. (28. 2.). *Paul.* Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit: et *in catera parte exheres mihi erit*, et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit: non videtur; et in disputando adiiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuvandae.

(c) L. 14. §. 1. h. t. (28. 2.). — Ved. not. seg. — L. 4. §. 2. de hered. inst. (28. 5.).

(d) L. 14. §. 1. h. t. (28. 2.). *African.* Quod vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, non usquequaque verum esse ait; nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari, ideoque si filio et Titio heredibus institutis, Titio Maevius substitutus sit, omittente Titio hereditatem Maevium eam adire posse, quamvis filius secundo gradu exheredatus non sit.

(e) L. 3. §. 6. h. t. (28. 2.).—L. 43. §. 2. in fin. de vulg. et pupill. subst. (28. 6.). *Paul.* Lucius Titius, quum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, et ei substituit filios; quaesitum est, an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent exheredati? Respondi, eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo, quum iidem substituti proponantur, ex testamento eos heredes extitisse videri, scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo sit filius praeteritus, a secundo exheredatus; nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum, quia ab eo filius exheredatus est, an ipse filius substitutus est.

suus ovvero agli altri eredi *ab intestato* (f). Parimente il preterito in primo grado, e istituito in secondo è chiamato immediatamente all'eredità testamentaria (g).

2) Non è sempre lo stesso pel postumo non diseredato in tutti i gradi. Se egli è dimenticato nel primo grado, e diseredato nel secondo, distinguasi, se al momento che addiviene *suus* il primo grado manca per altri motivi, vale la medesima regola che pel *suus iam natus*, cioè che il *postumo* viene escluso dai sostituti; nell'altro caso la nascita del postumo rompe anche il secondo grado ed egli entra nella successione (h). Riguardo al postumo diseredato in primo grado e preterito nel secondo vale la regola del *suus iam natus* (i). Manca una decisione legale pel terzo caso, cioè quando il postumo è preterito nel primo grado e istituito nel secondo, ma l' avviso migliore è di distinguere come nel primo caso: se al momento che il *postumus* addiviene *suus* esistono gli eredi del primo grado, rompe tutto il testamento e l'eredità gli è devoluta *ab intestato;* nell'altro supposto è chiamato quale erede testamentario.

Circa al luogo in cui dev'essere posta la diseredazione la legge sancisce che:

1) La diseredazione premessa alla istituzione priva in ogni grado.

2) La diseredazione può esser collocata tra un grado e l'altro od in mezzo all'istituzione.

3) Messa dopo tutti i gradi, allora escluderà l'erede da tutti i gradi, quando sia manifesta quest'intenzione del testatore (k).

(f) L. 8. de lib. et post. (28. 2.). *Pompon.* Si primo herede instituto filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero, et, dum pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit, secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, quum ab eo filius exheredatus non sit. Quodsi in postumo filio idem acciderit, ut natus vivo patre, a quo exheredatus sit, moriatur, eadem dicenda erunt de substituto, quoniam, quum est natus filius loco eius est, qui superstes est. — L. 4. de iniusto rupt. irr. test. (28. 3.).

(g) L. 75. de hered. inst. (28. 5.). *Papinian.* Si filius substituatur ei, a quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem, quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus. — L. 43. §. 2. de vulg. et pup. subst. (28. 6.).

(h) L. 5. de iniusto rupt. test. (28. 3.). *Ulp....* Rumpendo autem testamento sibi locum facere postumus solet, quamvis filius sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vivit, totum testamentum ruptum est; nam tollendo primum gradum sibi locum facit.

(i) L. 8. h. t. (28. 2.). — Ved. not. (f).

(k) L. 3. §. 2. — 5. h. t. (28. 5.).—L. 1. C. de lib. praet. (6. 28.). *Antonin.* Quum post omnes heredum gradus exheredatio scribatur, si adiiciat testator, ab omnibus se gradibus exheredare, non dubitatur iuri satisfactum. Et ideo, etiamsi id non adiiciatur, appareat tamen, eum cum eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret, recte factum testamentum videtur. Proinde quum paterfamilias, filiis institutis et invicem substitutis, filiam exheredaverit, intelli-

La diseredazione può essere intesa a gastigare l'erede privandolo dell'eredità, ed ancora a fargli cosa utile: onde l'*exheredatio bona mente.* Si può diseredare un erede necessario per tema che l'eredità sia esposta a pericoli lasciandola nelle mani di lui, quando questo motivo sia espresso dal testatore o provato dall'erede istituito (l). È caso di *exheredatio bona mente* legare al prodigo i soli alimenti, e istituire eredi i figliuoli di lui, ovvero diseredare il figliuolo impubere, e porre all'istituito l'obbligo di sostentarlo, e restituirgli la successione all'uscita dell'impubertà (m).

B. Della porzione legittima.

§. 254.

1) Della porzione legittima in generale e di chi v'ha diritto.

I. Chiunque avesse voluto privare un suo prossimo congiunto, anche un *suus,* dalla successione, non era impedito di farlo, purchè avesse adempiuto alla formalità di diseredarlo debitamente. Ma siffatto arbitrio venne limitato, dandosi a chi per legge avea il diritto di succedere un'azione (*querela inofficiosi testamenti*) per pretendere una porzione sul patrimonio ereditario, la quale determinata appositamente dalle leggi, si appella porzione legittima. Essa fu fissata in analogia della legge Falcidia al quarto della porzione *ab intestato* spettante all'erede necessario: perciò non è difficile che si trovi in qualche passo scambiata col nome di falcidia la porzione legittima (a).

La differenza che passa tra quest'obbligo di lasciare la porzione legittima e quello di istituire o debitamente diseredare consiste maggiormente in ciò:

gendus est exheredationem ab utroque gradu fecisse. Nam quum iidem heredes instituti sunt, nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse.

(l) L. 3. §. 3. de usur. (22. 1.).—*Glück*, comm. VII. pag. 577.

(m) Ved. L. 18. h. t. (28. 2.). — L. 12. §. 2. de bon lib. (38. 2.) *Ulp.* Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa, exheredatio ipsi non nocet; utputa pone furoris causa exheredatum eum, vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum rogatum ei restituere hereditatem. — L. 16. §. 2. de curat. fur. (27. 10).

(a) L. 31. C. de inoff. test. (3. 28.). *Iustinian.* Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sanximus, ut ratione Falcidiae, minime illis personis derelictae, quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successionis, tantum repleatur, exceptis illis, quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca iura illibata servamus, etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus. — L. 5. §. 3. C. ad leg. Jul. maiest. (9. 8.).

1) L'obbligo dell'istituzione o della diseredazione riguarda la forma, l'altro interamente la sostanza che deve rispondere ad un'aliquota della porzione *ab intestato*, tanto più che non è fissato il modo dell'istituzione, essendo pari se questa *portio* si lasci *titolo universali* o *titolo singulari*.

2) Le conseguenze sono ancora differenti: imperocchè, non adempiendosi l'obbligo della porzione legittima, il testamento non addiviene però nullo, nè contro esso viene concessa la *bonorum possessio (contra tabulas)*; resta valido, se non che può essere rescisso con la *querela inofficiositatis*, la quale figura una qualificata *hereditatis petitio ab intestato*.

II. Circa alle persone che vi hanno diritto non bisogna limitarsi al *suus heres* ed ai *liberi* pretorii, ma bisogna seguire un altro ordine d'idee. Hanno diritto alla porzione legittima:

1) I discendenti, e propriamente tutti coloro che han diritto alla successione *ab intestato*, eccetto i figliuoli naturali procreati con concubine, i quali, sebbene per Giustiniano avessero un limitato diritto di succedere *ab intestato*, non hanno nel medesimo tempo diritto alla porzione legittima; imperocchè la successione dei figli naturali è sottoposta alla condizione che il padre non abbia disposto *causa mortis* del suo patrimonio (b).

La medesima eccezione vale pel *minus plene adoptatus* rispetto al padre adottivo; egli ha un diritto di successione *ab intestato* sul suo patrimonio, ma non nel medesimo tempo diritto alla porzione legittima; rispetto per contra alla famiglia del padre naturale gli è questa riservata.

2) Anche gli ascendenti del testatore pei quali altresì è regola spettare la porzione legittima a tutti coloro che erediterebbero *ab intestato*. Pure si noti che:

a) Quando il testatore nel tempo della morte è ancora sotto la potestà del padre o dell'avo paterno, se può, deve riservare la porzione legittima di questi ascendenti quando dispone senza privilegi del peculio *castrense e quasi castrense;* che se il testatore fosse in condizione di fare un testamento militare, sarebbe pienamente libero di lasciare o no la porzione legittima. Quanto agli altri beni si può, solo nell'ultima riforma giustinianea, fissare per gli ascendenti la porzione legittima (c).

b) Quando il testatore fosse dato in adozione, si distingua se muore in potestà del padre adottivo, o se la potestà dell'*adoptans* fu anzi sciolta con la morte di lui. Nel primo caso bisogna stabilire che tanto il padre adottivo quanto il naturale han diritto alla porzione legittima (d). Nel se-

(b) Nov. 18. c. 5.—Nov. 89. c. 12. §. 4.

(c) Nov. 115. c. 4.—Nov. 123. c. 19.

(d) L. 30. de inoff. test. (5. 2.). *Marcian.* Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

condo, quando cioè il figlio testa da *homo sui iuris*, ancorchè non uscito dalla famiglia adottiva, dev'essere riconosciuto il diritto alla porzione solo per gli ascendenti naturali (e).

3) I fratelli e le sorelle, ma solo i germani ed i consanguinei; esclusi gli uterini ed i nipoti figli di qualunque fratello o sorella (f).

Non sempre sono essi chiamati alla porzione legittima, ma solamente quando nel testamento fosse istituita una persona *infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae adspersa* (g) (§. 24.).

L'ordine è lo stesso della successione *ab intestato;* onde il testatore non è obbligato a lasciare la porzione legittima agli ascendenti, quando vi sono discendenti; i collaterali, fratelli germani e consanguinei, sono posposti agli ascendenti, e tra loro i germani sono preferiti ai consanguinei secondo le regole della successione *ab intestato.*

ANNOTAZIONE

La controversia già trattata nel §. 222, cioè se il *plene adoptatus* abbia diritto di successione *ab intestato* rispetto al padre naturale, si riproduce nella teoria della porzione legittima, e specialmente si domanda, se al figliuolo *plene adoptatus* sia riservata una porzione legittima del patrimonio del padre naturale. Chi gli nega il diritto di succedere *ab intestato* al padre naturale, gli nega logicamente il diritto alla porzione legittima; ma anche chi dopo la Novella 118 gli riconosce un diritto di successione *ab intestato*, gli nega poi quello della porzione legittima sul patrimonio del padre naturale; per ragione che Giustiniano nella legge 10 *de adoptionibus* glielo abbia espressamente contraddetto, nè perchè gli fu più tardi dato il diritto di successione *ab intestato*, si deve per assoluto conchiudere che gli venga ancora quello della porzione legittima (h). Al contrario altri riconoscono ad un tale adottato il diritto della porzione legittima, poichè se Giustiniano glielo contraddiceva nella legge 10 ciò era per la mancanza del diritto di ereditare *ab intestato*, non potendosi dare porzione legittima senza diritto alla successione *ab intestato*. Ma cangiato il principio bisogna vederne cangiate le conseguenze e perciò se in virtù della Novella 118 si concede al pienamente adottato un diritto di successione *ab intestato*, è forza nel medesimo tempo riconoscere per lui il diritto alla porzione legittima (i).

(e) *Büchel*, qnistioni sulla Nov. 118. pag. 70.—*Vangerow*, §. 574.—*Mühlenbruch*, comm. XXXV. pag. 221. — *Puchta*, Pand. §. 488. not. 6. — *Rosshirt*, succ. intest. pag. 320. suc. testam. I. pag. 83.

(f) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.). *Constantin.* Fratres vel sorores uterini, ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur; consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula assegnatur, vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt, excepto servo, necessario herede instituto. — §. 1. Inst. de inoff. test. (2. 18.). — L. 1. eod. (5. 2.). — L. 21. C. eod (3. 28.).

(g) L. 27. C. h. t. (3. 28.). — §. 1. Inst. h. t. (2. 18.). — Ved. not. prec.

(h) *Franke*, pag. 182. — *Büchel*, questioni sulla Nov. 118. pag. 70.

(i) Ved. *Rosshirt*, success. intest. pag. 397. success. test. I. pag. 79.

La prima opinione sembra la più giusta. Giustiniano al principio della sua legge narra la controversia presso gli antichi giureconsulti romani, se un figliuolo dato in adozione abbia la *bonor. poss.* contro il testamento del suo padre naturale. *Papiniano* risponde negativamente, *Paolo* la crede fondata, ma senza effetti; e *Marciano* distingue se, ponderati i fatti, si scorga la mancanza di affetto paterno, ossia se il padre naturale fosse povero o facoltoso. Segue la distinzione di Giustiniano in adozione *plena* e *minus plena*, determinando che nel caso dell'*adoptio plena* deve tenersi l'opinione di *Papiniano*. Ora il senso della questione dei sommi giureconsulti romani era più veramente questo: se il figliuolo dato in adozione, quando era il caso di succedere, ossia quando mancavano i *liberi* e i *legittimi*, potesse impugnare il testamento del padre naturale come inofficioso; per Papiniano no, quantunque il figliuolo dato in adozione avesse diritto di succedere *ab intestato* sul patrimonio del padre naturale nell'ordine *unde cognati*. Secondo questa spiegazione deve intendersi la decisione di Giustiniano: il figlio dato in adozione piena ritiene il diritto di succedere *ab intestato* in generale nell'ordine *unde cognati*, o *liberi* (§. 222.) verso il padre naturale, ma pure non ha riserva di porzione legittima, mancandogli l'azione per pretenderla, ossia la *querela inofficiosi testamenti*. Nè la Nov. 118 ha mutato questo principio, sicchè anche nel diritto novissimo è vera la sentenza di Papiniano, che il figliuolo dato in adozione eredita *ab intestato* come discendente cognato di suo padre naturale, ma non ha diritto alla *querela inofficiosi testamenti* (k).

§. 253.

2) Determinazione della porzione legittima.

Nel diritto anteriore alla Novella 18 era la porzione legittima determinata alla quarta parte *legitimae portionis* cioè della parte che si prenderebbe *ab intestato* (a). Giustiniano con la Nov. 18 ordinò che se il testatore lasciasse quattro figli, questi insieme dovessero conseguire un terzo, se cinque o più, una metà di tutto l'asse ereditario; e che questo terzo, o metà dovesse essere egualmente diviso tra i figliuoli. Dal contesto di tutta la Novella si scorge che tale disposizione riguarda unicamente i figli e tutti coloro che han diritto alla porzione legittima (b).

(k) *Vangerow*, §. 474.

(a) L. 8. §. 8. de inoff. testam. (5. 2.). *Ulp.* Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur; ut puta sumus duo filii exheredati; et utique faciet, ut Papinianus respondit; et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus, unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit. — §. 3. Inst. eod. (2. 18.). — L. 31. C. eod. (3. 28.).

(b) Nov. 18. c. 1. — Haec nos moverunt, ut legem corrigeremus, nec in perpetuum eam sineremus erubescere, sed tali modo rem determinaremus, ut, si quis unius, vel duorum, aut trium, vel quatuor liberorum pater aut mater sit, non quadrantem solum ipsis relinquat, sed tertiam bonorum partem, hoc est quatuor uncias, eaque mensura sit dicto illi numero definita. Sin vero plures quam quatuor habuerit liberos, dimidiam partem totius substantiae suae illis

La porzione legittima è sempre da determinare, secondo il diritto anteriore alla Nov. 18, come una *portio portionis ab intestato*, ossia sempre distributivamente e non collettivamente, poichè sebbene sembri che Giustiniano l'avesse determinata collettivamente pei figliuoli, ciò si spiega in quanto che pei discendenti la partizione distributiva ha lo stesso risultato dell'altra: non è quindi da porre il principio che dal patrimonio ereditario tolta la porzione riservata, si divida tra coloro che ne hanno diritto, ma bisogna tener fermo che la porzione legittima anche dopo la Nov. 18 è sempre una *portio portionis ab intestato* (c).

Da ciò deriva che per determinare la porzione legittima s'hanno da computare tutti gli eredi *ab intestato*, ossia tutti coloro che sarebbero succeduti se non fosse stato il testamento; anche il diseredato, e quelli che han diritto alla successione *ab intestato* senza avere pure la riserva della porzione legittima. Se p. e. vi sieno cinque figliuoli, uno dei quali debitamente diseredato, ognuno de' quattro avrà per legittima un decimo, ovechè non computando il diseredato, avrebbe ciascun figlio solamente un dodicesimo del patrimonio *(exheredatus numerum facit ad augendam legitimam)*. Al contrario se vi sieno sei figliuoli, e di questi uno debitamente diseredato, ciascuno dei cinque riceverà per legittima un dodicesimo, quando che non computando il diseredato, avrebbe avuto una decima parte del patrimonio *(exheredatus numerum facit ad minuendam legitimam)*.

Il calcolo della porzione legittima, come nella legge Falcidia, si fa riguardando l'asse ereditario al punto della morte del testatore senza tener conto di aumenti posteriori (d): tolti da questa massa tutti i debiti dell'eredità e le spese dei funerali, sull' avanzo si computa la porzione legittima.

La porzione legittima può essere lasciata tanto per mezzo di legati, quanto per donazione a causa di morte, ovvero per istituzione di erede (e):

relinquat, ut sex unciae sint omnino quod debetur, et inter singulos triens forte vel semis aequaliter dividatur; idque non iniusta rerum circumstantia (fortasse enim etiam hic iniuria quibusdam fieri posset, si hi quidem meliora, illi vero deteriora acciperent), sed quod cuique competit per omnia in quantitate et qualitate aequale sit, sive quis illud per modum institutionis, sive legati, seu quod idem est fideicommissi nomine relinquat; licet enim ei id, quod reliquum est, bessem scilicet vel semissem, habere, et prout voluerit sive liberis ipsis, sive extraneis largiri, et quum naturae prius quae debet praestiterit, deinde erga extraneos liberalem esse. Atque hoc in omnibus personis, quibus ab initio antiqua quarta querelae de inofficioso constituta est, obtineat. — *Franke*, o. c. pag. 208.—*Mühlenbruch*, XXXV. pag. 238.— *Haimberger* §. 327. not. 5.

(c) §. 7. Inst. de inoff. test. (2. 18.). — Nov. 18. c. 2. Nov. 22. c. 48.

(d) L. 6. C. de inoff. test. (3. 28.). *Anton.* Quum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur.

(e) §. 6. Inst. de inoff. test. (2. 18.). — L. 8. §. 6. de inoff. test. (5. 2.). — L. 33. pr. C. h. t. (3. 28.). *Iust.* Si quis suo testamento maximam quidem portionem libero dereliinquat,

ma tutto ciò che si riceve direttamente dal testatore per atto di liberalità o per testamento vi deve essere imputato. È escluso dall' imputazione quello che proviene da sostituzione, o da diritto di accrescimento; ma s'imputa nella porzione legittima la dote o la donazione *propter nuptias* costituita dal testatore in qualità di ascendente, il prezzo di una *militia* comprata, e finalmente anche la donazione tra vivi, ma sol quando sia fatta a condizione di conferirla (f). Tuttociò che si lascia e s'imputa nella porzione legittima è valutato al punto della morte del testatore.

La porzione legittima dev' essere lasciata in una delle sopradeterminate forme, ma intera, senza limitazione e senza pesi. Qualunque limite per condizione termine o modo è di nessun momento, almeno fino alla somma della porzione legittima (g).

Se adunque a chi ha diritto alla porzione legittima si lasciasse tutta l' eredità per fedecommesso, egli può immediatamente pretendere la sua porzione legittima, e quando sarà il tempo, la restituzione del resto. Così ancora se è egli instituito nel testamento per la proprietà, e l'usufrutto è lasciato altrui, egli riceverà la sua porzione legittima libera di ogni peso, e l'usufrutto sarà ristretto al resto della eredità (h).

minusculam autem alii vel aliis de stirpe sua progenitis, ipsam tamen legitimam sive in hereditate vel in legato vel in fideicommisso, ut non possit locus inofficiosi testamenti querelae fieri reliquit.

(f) §. 6. Inst. h. t. (2. 18.). — L. 25. pr. h. t. (5. 2.). *Ulp.* Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, potest dici, inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet, aut si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur, aut certe conferri oportere id, quod donatum est. — L. 29. 30. §. 2. L. 35. §. 2. C. h. t. (3. 28.). *Zeno.* Quoniam novella constitutio divi Leonis ante nuptias donationem a filio conferri ad similitudinem dotis, quae a filia confertur, praecepit, etiam ante nuptias donationem filio in quartam praecipimus imputari. Eodemque modo quum mater pro filia dotem vel pro filio ante nuptias donationem, vel avus paternus aut maternus vel avia paterna aut materna pro sua nepte vel pro suo nepote, vel proavus itidem vel proavia paterna aut materna pro sua pronepte vel pro suo pronepote dederit, non tantum eandem dotem vel donationem conferri, verum etiam in quartam partem, ad excludendam inofficiosi querelam, tam dotem datam quam ante nuptias donationem praefato modo volumus imputari, si ex substantia eius profecta sit, de cuius hereditate agitur.

(g) L. 32. C. eod. *Iustinian.* Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

(h) Nov. 18. c. 3. L. 32. 36. §. 1. C. h. t. *Iustinian.* Quum autem quis extraneo herede instituto filio suo eum restituere hereditatem suam, quum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit, quia nostra constitutio, quae antea composita est, omnem di-

3) Mezzi per tutelare la porzione legittima.

§. 256.

a) Della querela inofficiosi testamenti.

I. Se il testatore avesse mancato alle regole concernenti la porzione legittima, e coloro che ne hanno diritto fossero stati diseredati senza giusto motivo (eredi necessarii), o preteriti, ovvero se la loro porzione legittima fosse stata lesa in parte, si apre una successione contro il testamento per mezzo della *querela inofficiosi testamenti, quasi non sanae mentis fuerit testator* (a).

1) Chiunque abbia riserva di porzione legittima (§. 254), e trovasi leso in qualunque modo, può valersi della *querela inofficiosi testamenti.* Questa regola è da interpretarsi strettamente, giacchè questa querela appartiene alle azioni *quae vindictam spirant:* non si trasmette quindi attivamente agli eredi (vol. I. §. 86), eccetto quando si provi per mezzo di una qualunque dichiarazione, che colui al quale competeva, avesse l'intenzione di promuoverla (b). Giustiniano decise in favore del discendente, poter questi, senza pure aver preparata l'azione, trasmetterla attivamente al suo discendente (c).

È fondamento di questa azione la mancanza di amore e di rispetto verso i congiunti; o meglio la presunzione che il testatore nel dimenticare i parenti non fosse stato di sana mente. Onde quando siavi un giusto motivo che distrugge quella presunzione, o che dimostri il testatore non es-

lationem omnemque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restituatur, in huiusmodi specie quid faciendum sit, dubitatur. Sancimus itaque, quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari, non exspectata nec morte heredis nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit. Sic etenim filius suam habebit portionem integram et qualem leges et nostra constitutio definivit, et scriptus heres commodum, quod ei testator dereliquit, cum legitimo moderamine sentiet. — L. 8. §. 11. de inoff. test. (5. 2.).

(a) L. 2. 5. 30. h. t. (5. 2.). *Marcian.* Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.

(b) L. 6. §. 2. L. 7. h. t. *Ulp.* Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam Rescriptis significatur, si post agnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. Et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit, puto ad heredem transire.

(c) L. 34. C. h. t.

sere stato disamorato, quando, ad esempio, colui che è stato leso siasi male diportato verso il testatore in vita, egli non ha diritto alla *querela inofficiosi testamenti;* per conseguenza l'attore deve però dimostrare di non essersi diportato male contro il testatore (d).

2) La *querela inofficiosi testamenti* è rivolta non contro chiunque possiede *pro herede o pro possessore* come la *hereditatis petitio*, ma solamente contro l'erede istituito dal momento dell'adizione della eredità (e); essa si trasmette passivamente agli eredi, cosicchè può risponderne anche il fisco, quando succede invece degli eredi testamentarii (f). La querela inoltre può essere rivolta contro il fedecommessario universale dopo avvenuta la restituzione, contro colui che succede nell'eredità tolta altrui per indegnità; e finalmente può essere proposta dal figlio diseredato contro l'emancipato che trovasi in possesso dell'eredità per la *bonorum possessio contra tabulas* (g).

3) Poichè la *querela inofficiosi testamenti* deve promuoversi quando l'erede ha già adito l'eredità, bisognò stabilire un termine per l'adizione, perchè si determinasse il *dies a quo* della querela. Il termine dell'adizione fu fissato da Giustiniano a sei mesi pe' presenti ed a dodici per gli assenti; chi non delibera in questo tempo può essere costretto ad entrare nell'eredità (h).

(d) L. 3. 5. h. t. *Marcel.* Inofficiosnm testamentnm dicere hoc est, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debnerit; qnod pierumque accidit, qunm falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant, vel practerennt.—L. 22. 30. pr. L. 31. C. h. t.—L. 10. C. de secund. nupt. (5. 9.). — Nov. 92. c. 1. §. 1.

(e) L. 8. §. 10. h. t. *Ulp.* Quoniam ante aditam hereditatem non nascitur querela.

(f) L. 10. C. h. t. *Alexand.* Si heredum Quintiniani, qnem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento actnrns eras, iure successionis hona ad fiscum pertinent, vel ipsius Quintiniani bona, ntpote vacantia, fiscus tenet, causam apud procnratorem nostrum agere potes.

(g) L. 1. C. h. t. L. 8. pr. L. 20. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.). *Ulp.* Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec iure civili testamenta parentnm turbant; sane si velint inofficiosi querelam instituere, est in ipsorum arbitrio.

(h) L. 36. §. 2. C. h. t. *Iustinian.* Illnd praeterea sancimus, ut tempora inofficiosi qnerelae ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant, Herennii Modestini sententia recusata, qni a morte testatoris illico cursnm de inofficioso querelae temporibus dabat, nt non liceat heredi, quando volnerit, adire, ne per hniusmodi tramitem iterum filius defrandetur debito natnrali. Sancimus itaqne, ubi testator decesserit alio scripto herede, et speratur de inofficioso querela, necessitatem habere scriptum heredem, si quidem praesto est in eadem commaneus provincia, intra sex mensium spatium, sin antem seorsum utraque pars in diversis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo spatinm, simili modo per continuum a morte testatoris numerandum, omnimodo adire huiusmodi hereditatem, vel manifestare snam sententiam, quod hereditatem minime admittat; expeditus etenim ita tractatns inducitnr filio memoratam movere querelam; sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium quidem iudicis heredem scriptnm compelli hoc facere. In medio tamen tempore, id est a morte quidem

II. Per le conseguenze bisogna guardare al seguente principio: che il querelante non può chiedere più della porzione *ab intestato* (i). Da ciò discende che se la porzione *ab intestato* del querelante non comprende tutta la eredità, non tutto si deve rescindere il testamento, ma fino alla porzione *ab intestato* del querelante (k). Finalmente se in quest'ultimo caso per errore s'invalida tutto il testamento, siegue la successione *ab intestato;* il che avviene ancora quando per errore del giudice si ammette alla querela chi non abbia diritto alla successione *ab intestato* (l). Posti questi principii, i casi della parziale rescissione di un testamento sono i seguenti:

1) Quando dei molti eredi qualcuno non sia condannato nel giudizio d'inofficiosità, ossia:

a) Quando il querelante per arbitrio non ha convenuti tutti gli eredi istituiti (m).

b) Quando la querela è prodotta dal fratello, se insieme con una persona *turpis* è istituita ancora una persona *onesta*, giacchè l'istituzione di quest'ultima rimane valida (n).

c) Quando insieme agli altri eredi un erede *ab intestato*, è istituito

testatoris sed ante aditam hereditatem, si decesserit filius, huiusmodi querelam, licet sa non praeparaverit, ad suam posteritatem transmittet, ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet praeparationem.

(i) L. 8. §. 8. L. 17. L. 19. h. t. *Paul.* Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit; haec de inofficioso egit, et obtinuit; quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit? Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Itaque dici potest, eam, quae omissa est, etiamsi totam hereditatem ab intestato petat, et obtineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem.

(k) L. 19. cit. *Paul.* Ceterum si quis putaverit, filia obtinente totum testamentum infirmari, dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem; nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri, quum et hi, qui sciant, ius suum, eligentes id, quod putant sibi competere, non amittant. Quod evenit in patrono, qui indicium defuncti falsa opinione motus amplexus est; is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, quum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditati.

(l) L. 19. cit. h. t. *Paul.* Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso. Praeterea dicendum est, non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit; et ideo ab extraneo semissem vindicandum, et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet, quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur.

(m) Ved. L. 25. §. 1. h. t. *Ulp.* Si quis, quum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus pro parte rescindere testamentum tentet, et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet, et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querelam instituisse.

(n) L. 24. h. t. L. 27. C. h. t.

giusto nella sua porzione legittima. Se egli fosse istituito in meno, l'istituzione resta anche valida e l'erede avrà solamente diritto di ripetere il resto; e se fosse istituito in più, la querela si limiterebbe a questo supero (o).

d) Quando il querelante propone l'azione contro gl'istituiti, e non rimane vittorioso verso tutti (p).

e) Quando la porzione del querelante non comprende tutta l'eredità, ossia quando sono istituiti anche altri che abbiano diritto a porzione *ab intestato*, quantunque non avessero nel medesimo tempo riserva di porzione legittima; come i fratelli uterini, e i nipoti figli di fratelli tanto bilaterali che unilaterali.

f) Finalmente quando di più querelanti l'uno intenda il giudizio e ottenga, e non l'altro (q).

Nel caso poi che tutto il testamento fosse rescisso dalla *querela inoff. test.*, l'eredità vale come non acquistata, eccetto pochi casi (r).

III. Si è già stabilito come per mezzo della querela non sempre viene invalidato l'intero testamento, ma rimane agli eredi testamentarii la porzione di quegli eredi *ab intestato* i quali o concorrono col querelante, o per assoluto non hanno diritto a porzione legittima, ovvero la trovano nell'istituzione, oppure non è loro concessa per una qualunque contingenza (p. e. per cattivi diportamenti verso il testatore). In questo modo si stabilisce il diritto di accrescimento che segue la querela: il quale ha luogo quando vi sono possibilità legali di successione *ab intestato;* e quindi ne devono essere attivamente e passivamente esclusi quegli eredi *ab intestato*, in cui favore il testatore abbia disposto con validità, perchè per essi non deriva successione *ab intestato*. Da questo principio nascono le seguenti conseguenze:

(o) L. 19. h. t. — Ved. not. (k) (l).

(p) L. 15. §. 2. L. 24. h. t. *Ulp.* Circa inofficiosi querelam evenire plerumque assolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur; quid enim, si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? Quodsi fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur. — L. 13. C. h. t.

(q) L. 16. pr. h. t. *Papin.* Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et obtinuit, filia, quae non egit aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrit. — L. 29. pr. de exc. rei iud. (44. 2.).

(r) L. 8. §. 16. *Ulp.* Si ex causa de inofficioso cognoverit iudex, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est, et suus heres erit, secundum quem iudicatum est, et bonorum possessor, si hoc se contendit; et libertates ipso iure non valent, nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo, qui solvit, aut ab eo, qui obtinuit; et haec utili actione repetuntur. Fere autem, si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetit; et ita Divus Hadrianus et Divus Pius rescripserunt. — L. 13. 26. 28. h. t. — L. 22. C. h. t. — 36. de leg. (32). — Confr. L. 17. §. 1. L. 18. h. t. — L. 5. §. 1. 2. L. 14. pr. §. 1. de appell. (49. 1.). — L. 31. pr. de vulg. et pup. subst. (28. 6.). — L. 76. pr. de leg. (31.). — L. 29. pr. de exc. rei iud. (44. 2.).

1) Vengono solamente in accrescimento delle altre porzioni quelle di coloro che per rinuncia, prescrizione, o morte han perduto il diritto alla querela (s).

2) Colui ha diritto di accrescimento, che in astratto, o in concreto ha diritto alla *querela inofficiosi testamenti.*

3) Finalmente quando per errore l'intero testamento è rescisso, poichè ne segue una vera successione *ab intestato*, il diritto di accrescimento deve conformarsi alle regole di questa successione.

IV. Il diritto di produrre la *querela inofficiosi testamenti* si perde:

1) Per morte; nè si trasmette attivamente agli eredi se non quando fosse stata preparata dal defunto, ossia quando per apposita dichiarazione si prova l'intenzione ch'ebbe in vita il defunto di proporne l'azione.

2) Per rinuncia, la quale non è valida se fatta mentre vive il testatore (t). Questa rinuncia può essere tacita; come quando l'erede compia tali atti che dimostrano di riconoscere il testamento; per esempio, l'accettazione dei legati (u).

3) Per prescrizione, cioè pel trascorso di cinque anni (v). La prescrizione comincia dal momento che l'erede entra nell'eredità.

4) Finalmente per l'esistenza di un'altra azione a favore dell'erede, mercè cui possa egli conseguire lo stesso scopo: perlocchè la querela si chiarisce di natura sussidiaria (x).

(s) L. 17. pr. L. 23. §. 2. L. 3. h. t. (5. 2.). — *Paul.* Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, para eius alteri accrescit. Idemque erit, etsi tempore exclusus sit.

(t) L. 35. §. 1. C. h. t. (3. 28.). *Iustin.* Illud etiam sancimus, ut, si quis a patre certas res vel pecunias accepisset, et pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentum paternum minime ab eo moveretur, et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit eius indicium, sed oppugnandum putaverit, vetere iurgio exploso huiusmodi pacto filium minime gravari, secundum Papiniani responsum, in quo definivit, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos. Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit.

(u) L. 5. pr. de his quae ut ind. (34. 9.). — L. 8. §. 10. L. 12. §. 1. h. t. (5. 2.). *Modest.* Si a statu libero exheredatus pecuniam petere coeperit, videri agnovisse parentis iudicium etc. — *Mühlenbruch*, comm. XXXV. 441. — *Franke*, pag. 320.

(v) L. 8. §. 17. L. 9. h. t. — *Ulp.* Plane si post quinquennium inofficiosum dici coeptum est ex magna et iusta causa, libertates non esse revocandas, quae competierunt, vel praestitae sunt, sed viginti aureos a singulis praestandos victori. — L. 16. 34. fin. L. 36. §. 2. C. h. t.

(x) §. 2. Inst. h. t. L. 4. C. de praet. lib. (6. 28.). — L. 8. §. 15. h. t. — *Ulp.* Si quis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, quum habet quartam ex Constitutione divi Pii.

§. 257.

b) Della querela inofficiosae dotis s. donationis.

T. C. de inofficiosis donationibus (3. 29.);—de inofficiosis dotibus (3. 30.).—*Hille*, de immodicar. donationum querela, Marb. 1828.

La porzione legittima può essere menomata anche per mezzo di atti di liberalità tra vivi; in questo caso le costituzioni imperiali in analogia della *querela inofficiosi testamenti* introdussero la *querela inofficiosae donationis s. dotis*.

I. Affinchè si desse luogo a querela contro le donazioni è mestieri :

1) Che la donazione sia tra vivi, poichè la donazione *mortis causa* è da riguardarsi come un legato, e va soggetta ai principii della quarta Falcidia (a).

2) Che la donazione sia *immodica*, ossia deve nell' atto stesso offendere la legittima; sicchè una posteriore diminuzione di patrimonio non le nuoce; al contrario di un posteriore aumento, il quale per la natura delle cose toglie la qualità d' immodica alla donazione in origine inofficiosa. Di molte donazioni per mezzo della querela non s' impugnano tutte, ma solo quelle che ledono la porzione legittima (b).

3) Han diritto di proporre la *querela inofficiosae donationis* quelli che ponno querelarsi d'inofficioso testamento, ossia chi ha diritto alla porzione legittima, perfettamente nello stesso ordine e con le medesime limitazioni; onde n' è escluso chi si diportò male contro il testatore; ed il fratello non può proporla, se non quando il donatario è *persona turpis*. L'azione è diretta contro il donatario ed i suoi eredi.

4) Essendo la querela *inofficiosae donationis* immagine della *inoff. test.*, è similmente regolata: dura per cinque anni dalla morte del donante, ed in generale cessa per i medesimi motivi dell'altra (c).

(a) L. 17. de mort. caus. donat. (39. 6.). — L. 5. C. ad leg. Falc. (7. 50.). — L. 2. C. de mort. caus. donat. (8. 57.).

(b) L. 1. 5. 6. 8. C. h. t. — *Philip.* Si, ut allegatis, mater vestra ad eludendam inofficiosi querelam paene universas facultates suas, dum ageret in rebus humanis, factis donationibus sive in quosdam liberos sive in extraneos, exhausit, ac postea vos ex duabus unciis fecit heredes, easque legatis et fideicommissis exinanire gestivit, non iniuria iuxta formam de inofficioso testamento constitutorum subveniri vobis, utpote quartam partem non habentibus, desideratis. — Nov. 92.

(c) L. 6. 9. C. h. t. — *Constant.* Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda, vel idem et temporibus et moribus.

Questa querela non rescinde però tutta la donazione, ma fino al compimento della porzione legittima (d).

II. Se la porzione legittima fu violata con la costituzione di una dote, questa potrà impugnarsi con la *querela inofficiosae dotis*, retta dai medesimi principii e capace delle stesse conseguenze che le precedenti, e diretta contro il marito, o contro colei a cui è stata restituita la dote dopo lo scioglimento del matrimonio (e).

§. 258.

c) Actio ad supplendam legitimam.

Quando chi ne ha diritto, pur istituito erede, non raggiunge intera la porzione legittima, ha un'azione personale contro i coeredi per supplire alla mancanza della sua porzione (a); ed ancora contro gli altri eredi necessarii sul dippiù della loro porzione legittima. Quest'azione si trasmette agli eredi, nè cessa col riconoscimento del testamento; va perduta solamente per l'espressa rinuncia a ciò che alla porzione legittima manca (b).

Si estingue per la prescrizione di 30 anni: e può farsi valere contro i coeredi anche nel giudizio di divisione.

(d) L. 2. 5. 8. C. h. t. *Valerian.* et *Gulien.* Si liqueat, matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, quum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelae ratio deposcat, quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur.

(e) L. un. C. de inoff. dot. (3. 30.). *Constan.* Quum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, concordare legibus promtum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur.

(a) §. 3. de inoff. test. (2. 18.). — L. 30. pr. 36. pr. C. h. t. (3. 28.). *Iustin.* Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit vel mortis causa donatione vel inter vivos sub ea conditione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur, si filius post obitum patris hoc, quod relictum vel donatum est, simpliciter agnoverit, forte et securitatem heredibus fecerit, quod ei relictum est accepisse, non adiiciens, nullam sibi superesse de repletione quaestionem, nullum sibi filium facere praeiudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter sive in apocha sive in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem; tunc etenim omni exclusa querela paternum amplecti compelletur iudicium.

(b) L. 34. 35. §. 2. C. eod.

II. Successione necessaria dopo la Nov. 115.

§. 259.

A. Subbietti e contenuto dell' obbligo secondo la Novella 115.

Gravi alterazioni vennero per mezzo della Nov. 115 al diritto di successione necessaria. Secondo questa novella costituzione gli ascendenti non possono diseredare i loro discendenti, nè questi quelli, se non pei soli motivi determinati dalle leggi; come ancora non è sufficiente una donazione, un legato per dare la porzione legittima; ma gli ascendenti debbono assolutamente istituire eredi i loro discendenti e questi quelli, eccetto i casi tassativamente determinati nelle leggi. L'istituzione dell'erede, tacendone la Nov., deve farsi secondo le regole generali già fissate (§ 252).

Sulla diseredazione è da osservare :

I. Gli ascendenti possono escludere dalla successione i discendenti per quattordici motivi, dei quali alcuni riguardano i figliuoli o i nipoti, altri le figlie e le nipoti, ed altri entrambi.

Essi sono i seguenti:

1) le ingiurie reali di fatto;

2) le ingiurie verbali ed indecenti;

3) se il figlio accusò l'ascendente per causa criminale, eccetto il caso di alto tradimento contro il principe e lo Stato. Questo motivo si limita solamente ai figli o nipoti, poichè presso i Romani le donne non potevano farsi accusatrici di tali azioni neppure per mezzo di procuratore;

4) se il figlio ebbe relazioni con venefici e stregoni;

5) se i figli insidiarono alla vita de'genitori;

6) se il figlio ebbe illecito commercio con la madrigna o la concubina del padre;

7) se il figlio si fece delatore dei genitori, apportando loro di gravi danni;

8) se il figlio, pregato dall'ascendente in carcere per debiti, ricusò di prestargli cauzione;

9) se i figliuoli impedirono i genitori di fare il testamento, o di cambiare il già fatto;

10) se il figliuolo contro la volontà de'genitori entrò nella compagnia de'lottatori o de'mimi, eccetto quando i genitori vi appartenevano essi stessi;

11) se la figlia minore condusse una vita impudica con tutto che i

genitori avevano intenzione di maritarla, dandole una dote; o s'ella si maritò contro la volontà de' genitori. Ma se ella è sopra l'età di venticinque anni, una tale diseredazione allora può aver luogo quando ebbe occasione di maritarsi e la trascurò;

12) se i figli trascurarono i genitori dementi;

13) se i figliuoli già giunti a diciott'anni non liberano l'ascendente;

14) se i discendenti di genitori ortodossi abiurarono la vera fede (a).

II. I discendenti possono escludere dalla successione i proprii ascendenti per otto motivi; cioè:

1) se i genitori diedero in mano alla giustizia il figliuolo condannato alla pena capitale, eccetto il caso di alto tradimento;

2) quando insidiarono alla vita de' loro figliuoli;

3) quando il padre ebbe commercio illecito con la moglie del figlio;

4) se i genitori si opposero che il figliuolo facesse testamento;

5) se il padre tese insidie alla vita della madre e per converso;

6) se i genitori non vollero accettare in casa il figlio mentecatto;

7) quando non liberarono il figliuolo caduto in prigionia;

8) finalmente quando essi abbandonarono la vera fede (b).

Questi motivi sono di stretta interpretazione e per conseguenza la madre non potrà diseredare il figlio p. e. per ingiuria di questo contro il padre, o per converso. Fatta la riconciliazione, ossia se il padre ha perdonato il figlio per una offesa reale, non potrà ricorrere allo stesso motivo per diseredarlo, poichè il motivo di diseredazione dev'essere esistente al momento della compilazione del testamento; ma una riconciliazione avvenuta dopo non annulla la diseredazione, bisognerebbe altrimenti supporre che per una riconciliazione si annulli il testamento, il che è assurdo. Finalmente la verità del motivo di diseredazione dev' essere provata (c).

§. 260.

B. Dei mezzi di tutela nascenti dalla Nov. 115.

Quando si è mancato alle disposizioni della Nov. 115, si annullano tutte le istituzioni degli eredi, ma restano le istituzioni accessorie, come i legati, manomissioni testamentarie, e tutele.

L'azione per abbattere il testamento è una *querela nullitatis*, come è chiamata dai giuristi, *ex iure novo*, sicchè questo mezzo si rappresenta come una *hereditatis petitio ab intestato*.

(a) Nov. 115. C. 3.
(b) Nov. 115 C. 4.
(c) Nov. 115. C. 3. 4. §. 8.

Questo mezzo è applicato esclusivamente, o secondo i casi si possono produrre anche quelli del diritto anteriore alla Nov. 115. in questa relazione:

1) Se il testatore lascia agnati discendenti *(sui, emancipati)*; bisogna distinguere se sono osservate le forme dell'antico diritto, ossia se sono istituiti o debitamente diseredati; se non, ed esiste un *suus*, si adopera l'azione di nullità secondo l'antico diritto; se un emancipato, la *bonorum possessio contra tabulas*, per la ragione che la Nov. 115 non mutò il diritto antico quanto alla debita diseredazione.

Se le forme del diritto antico sono osservate, fa mestieri inoltre guardare se vi è istituzione o diseredazione; nel primo caso non si può impugnare il testamento, al più si può adoperare l'*actio ad supplendam legitimam*, se la legittima non è intera; se al contrario vi è diseredazione, bisogna osservare se è per alcun motivo legale secondo la Nov. 115; e se questo manca è ammessa l'azione di nullità *(remedium ex Nov. 115.)*. Allora solamente può essere ammessa la *querela inofficiosi testamenti*, quando vi sia l'istituzione ma senza contenuto, come quando l'eredità sia esaurita per mezzo di altre istituzioni, e l'erede necessario è istituito pel rimanente.

2) Se il testatore lascia solamente cognati discendenti o ascendenti, non si può far parola de'mezzi di tutela del diritto antico, ed è applicabile l'azione della Nov. 115; o si potrà ammettere solamente l'*actio suppletoria*, quando vi sia un'istituzione in meno della porzione legittima.

3) Se il testatore lascia solamente fratelli e sorelle, non la Nov. 115, ma le azioni del diritto anteriore ad essa sono applicabili; così se il fratello ebbe di meno della porzione legittima, ha l'*actio suppletoria*; se non ebbe nulla, la *querela inofficiosi testamenti*, seguendo le regole innanzi esposte.

ANNOTAZIONE

Sull'azione nascente dalla Nov. 115 i giureconsulti non sono punto di accordo. Nelle scuole si distinguono tre sistemi:

1) Il così detto sistema di nullità, per cui coloro che hanno diritto all'istituzione di erede secondo la Novella, possono servirsi della querela di nullità, ossia di una *hered. petitio ab intestato*. Quest'opinione stabilita prima da *Martino* (a), fu poscia generalmente rifiutata; ma negli ultimi tempi accettata di nuovo così da potersi dire una comune opinione (b).

(a) Glos. ad Nov. 115. C. 3.

(b) *Ganz*, a Gai. §. 295., diritto di succ. II. pag. 139. — *Bluntschli*, §. 26. 27. — *France*, pag. 367. — *Mühlenbruch*, comm. XXXVII. 245. — *Thibaut*, sist. §. 970. — *Schweppe*, comp. §. 908. — *Wening*. §. 498. — *Hunger*, dr. di succ. pag. 224. not. 1. — *Vangerow*, §. 485.

2) Il sistema d'inofficiosità, per cui il mezzo giuridico nascente dalla Novella si rappresenta come una *querela inofficiosi testamenti* con le conseguenze di essa. Quest'opinione è attribuita a *Bulgaro* da *Azone*, ed a questa si attenne la scuola francese, *Donello*, *Cuiacio*, *Duareno* ecc.; ed essa trova propugnatori anche ai nostri giorni (c).

3) Finalmente vi è un sistema misto, per cui hassi a distinguere, se non vi è motivo legale di diseredazione, essendosi mancato contro la forma del testamento, è ammessa la *querela nullitatis;* ovechè, se vi è legale motivo, ma l'erede ne contraddice la verità, è ammessa la *querela inofficiosi testamenti*. Questa è l'opinione di *Giovanni*, accettata nella glossa di *Accursio*, ed oggi anche da molti (d).

Il sistema d'inofficiosità si oppone alle sanzioni speciali della Nov. 115. Imperocchè quivi è detto, che quando si manca alle sue prescrizioni, ogni istituzione di erede è annullata, e tutti concorrono all'eredità *ab intestato* per eguali proporzioni. Ora se è stabilito per la querela d'inofficiosità non potersi chiedere che la sola porzione *ab intestato*, da ciò segue naturalmente che non solo le istituzioni degli eredi possono rimanere in parte, ma che gli eredi *ab intestato* debbono dividere alcune volte inegualmente; se ad esempio un figlio avesse istituito suo padre per $^1/_4$ del suo patrimonio, ed avesse dimenticato la madre, poi istituito un estraneo per $^3/_4$ del suo patrimonio, se la madre dovesse servirsi della querela *inofficiosi testamenti*, secondo i principii stabiliti, domanderebbe dall'estraneo $^1/_2$, ed il padre e l'estraneo rimarrebbero con $^1/_4$: come tutto ciò potrà essere compatibile con le sanzioni della Nov. 115? « Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiu- « dicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, *testamento eva-* « *cuato*, ad parentum hereditatem liberos ab intestato *ex aequa parte* pervenire ».

Oltre a ciò coloro che propugnano il sistema d'inofficiosità credono che la Nov. 115 non abbia altro scopo che di fissare i motivi di diseredazione, e che questa disposizione riguardi la porzione legittima.

Al contrario la porzione legittima in questa Novella non viene in esame: molto più essa ha lo scopo di stabilire che i discendenti e gli ascendenti devono essere assolutamente istituiti, ossia hanno diritto al nome di erede; i casi di diseredazione nella Novella sono eccezioni a questo principio; ed in fatti quanto ai fratelli e sorelle che hanno diritto, non alla istituzione, ma alla porzione legittima, la novella non ha provveduto. Tenendosi fermo questo principio, ne segue necessariamente che una mancanza nell'istituzione dei discendenti, o degli ascendenti è una mancanza di forma, e perciò vi è nullità, non rescissione del testamento (e).

Il sistema misto potrebbe essere ammesso solamente nel diritto anteriore alla Novella, secondo cui per mancanza di forma eravi nullità, per contenuto, inofficiosità; ma nel novissimo diritto è anch'esso inammissibile; perchè Giustiniano non fa differenza, e bisogna che vi siano le medesime conseguenze tanto se il motivo non esiste, quanto se non è vero, poichè in sè stessa considerata la cosa un motivo

(c) Ved. *Hofacker*, hist. iur. civil. de exher. et praet. §. 26. — *Koch*, bon. poss. §. 8. — *Valett*, succ. necess. §. 36. — *Unterholzner*, prescr. II. §. 170.— *Malblanc*, princ. iur. rom. III. §. 697. — *Mackeldey*, §. 660. — *Haimberger*. §. 384.

(d) Ved. *Faber*, err. dec. 14. err. 7. — *Schilter*, prax. iur. rom. exerc. 14. §. 46. — *Berger*, secon. iur. II. 4. th. 14. e *Madhin*, del success. §. 141. — *Haubold*, de diff. inter. test. null. et inoff. Lips. 1784. — *Konopack*, istit. §. 374. — *Puchta*, Pand. §. 493.

(e) Nov. 115. c. 3. §. 13.

non vero non si può dire giuridicamente esistente; onde essendosi mancato anche nella forma, la nullità delle istituzioni. Contro questo principio non valgono le ragioni del *Puchta*, il quale afferma non doversi conchiudere all'insussistenza del sistema misto perchè Giustiniano non ha fatta distinzione alcuna: questo legislatore ne avrebbe esposto solamente le conseguenze, e ricavare i principii dal contesto della sua legislazione è ufficio della giureprudenza. Questo ragionamento potrebbe valere, a parte le altre ragioni, quando le conseguenze della *querela nullitatis*, e quelle della *inofficiositatis* sieno le medesime; ma poichè questo non è il caso, almeno, le più volte, il sistema misto non è da accettare.

§. 261.

III. Diritto alla successione necessaria per altre persone.

I. Il coniuge povero senza dote o donazione per nozze aveva diritto alla successione di un 1|4 sul patrimonio dell'altro coniuge. Questo principio fu mutato dalla Nov. 117 in quanto che questo diritto fu concesso alla sola donna povera; se poi vi sono più di tre figli del marito, ella ha diritto ad una porzione virile.

In caso adunque che si sciolga il matrimonio per morte, la vedova povera e non dotata ha non solo diritto *ab intestato* sulla quarta parte del patrimonio del defunto marito, ma ancora diritto che questa porzione legittima non venga lesa; onde se il marito per istituzione o in qualunque modo le lascia meno della porzione a lei dovuta, può ella chiedere quel che manca (a).

Ma essa non ha nè diritto di essere istituita erede, nè di proporre la *querela inofficiosi testamenti*, sicchè qualunque legato, donazione tra vivi o *mortis causa* deve essere imputata nella porzione che le spetta.

La quantità di questa porzione è determinata per un quarto o per una porzione virile se il marito è morto lasciando più di tre figli procreati tan-

(a) Nov. 117. c. 5. 53. c. 6. pr. Quoniam vero ad humanitatem tota nostra lex accommodata est, quosdam autem mulieribus sine dote matrimonio iungi, deinde eos mori videmus, et liberos ex lege ad paternam hereditatem vocari, uxores vero, etsi vel maxime legitimae coniugis locum obtinuerint, tamen, quia nec dos nec donatio propter nuptias facta sit, nihil capere posse, sed in extrema necessitate vivere, propterea sancimus, ut et his in successione defuncti prospiciatur, atque eiusmodi uxor cum liberis vocetur. Et quemadmodum legem scripsimus, quae vult, ut, si vir uxorem, quae sine dote est, dimiserit, quartam ea parte substantiae eius accipiat, ita etiam hic, siquidem fortasse plures vel pauciores sint liberi, mulier quartam substantiae partem accipiat, sive plures sive pauciores sint liberi. Si tamen maritus legatum aliquod illi relinquat, quod minus sit quarta parte, id expleatur, ut, sicuti illis laesis opem tulimus, quando a maritis dimittuntur, quae sint indotatae, ita eadem providentia, si semper apud eos maneant, fruantur, omniaque ad imitationem illius constitutionis nostrae, quae quartam illis determinat, aequaliter tam in viris quam in mulieribus etiam hic obtineant. Hanc enim legem, quemadmodum et priorem, communem illis ferimus.

to in questo quanto in antecedente matrimonio; molti nipoti di un solo figlio o di una figlia, secondo le regole generali pei discendenti, debbono anche in questo caso valere per un solo. L'assottigliamento della porzione alla vedova non ha luogo quando essa concorre con altri eredi *ab intestato* che non i figliuoli; poichè qualunque fosse il numero degli altri eredi, essa avrà sempre diritto alla quarta parte de'beni del defunto marito.

II. A colui che è arrogato come impubere fu data da Antonino Pio il diritto alla quarta parte del patrimonio dell'arrogatore, ove per emancipazione o per atto di ultima volontà venga escluso dalla successione, o sia istituito in meno che la porzione legittima (b).

Qualora si fosse compita un'alienazione a detrimento della sua *quarta*, egli può convenire colui che acquistò i beni, in quanto ancora sono presso lui, pel complemento della sua porzione o per tutta la *quarta* con l'azione *quasi Faviana* o *quasi Calvisiana*, secondochè l'arrogatore morì con testamento o senza (c).

Quando l'arrogato al tempo della morte del testatore trovasi ancora sotto la sua patria potestà, ovvero da emancipato appartiene alla sua successione *ab intestato* quale discendente, egli potrà, se ciò gli sarà più utile, far valere il suo diritto di erede *ab intestato;* ma non entrambi questi diritti cumulativamente.

(b) §. 3. Inst. de adopt. (1. 11.). — L. 22. de adopt. (1. 7.). — L 2. C. eod. (8. 48.). — *Diocletian.* et *Maximian.* Impuberem, quem ad vicem naturalis sobolis arrogare desideras, si hi, qui sanguinis necessitudine iunguntur, id ei expedire apud praesidem provinciae confirmaverint, filium babebis, ita ut bonorum tuorum quarta pars tam in postremo iudicio tuo, quam si a te emancipatus fuerit, ei praebeatur, et super patrimonio eius idoneis fideiussoribus datis servo publico caveatur, ne sub copulandae adoptionis obtentu in facultates eius, quae ei diligenti provisione servandae sunt, irruas. Arrogatio etenim ex indulgentia principali facta perinde valet apud praetorem vel praesidem intimata, ac si per populum iure antiquo facta esset.

(c) L. 13. si quid in fraud. patr. (38. 5.). *Paul.* Constitutione Divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptavit, fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est; sed et bona ei, quae acquisiit patri, restitui iussit; si causa cognita emancipatus fuerit, quartam perdit. Si quid itaque in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est.

CAPITOLO III.

DELL'ACQUISTO DELLA EREDITÀ.

I. Requisiti per l'acquisto della eredità.

A. Dell'adizione.

§. 262.

1) Idoneità per l'adizione dell'eredità.

L'acquisto dell'eredità secondo le regole generali è rimesso alla volontà di colui che vi è chiamato; gli eredi in generale sono *voluntarii heredes*. La dichiarazione della volontà di essere erede dicesi adizione dell'eredità, la quale per essere valida suppone, oltre la delazione dell'eredità, i seguenti requisiti:

1) Prima di ogni altro la certezza dello stato della successione in colui che vi è chiamato; e però l'atto di adizione è senza effetto, ove l'erede sia in dubbio se il testatore è morto o è ancora in vita (a); se è morto da padre o da figlio di famiglia; se il testamento è vero o no; se il postumo preveduto è nato o no (b). Ove fossegli dubbio se il testatore è morto in prigionia del nemico ovvero da cittadino romano, questo dubbio per la *fictio legis Corneliae* non nuoce all'adizione. Fa d'uopo per altro che l'erede in massima sia certo dello stato dell'antecessore, non egualmente del proprio (c): così bisogna che sappia certamente in qual ordine di successione è chiamato, se per testamento, o *ab intestato;* se poi sa per testa-

(a) L. 19. 32. de aquir. vel omitt. bered. (29. 2.). *Paul.* Qui hereditatem adire, vel bonorum possessionem petero volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem. — Ved. *Scip. Gentilis*, de scientia heredum, in opp. tom. I. pag. 65.

(b) L. 1. §. 1. ad SC. Tertull. (38. 17.). — L. 32. §. 2. L. 34. b. t. (29. 2.). *Ulp.* Sed et si de sua conditione quis dubitet, an filiusfamilias sit, posse eum acquirere hereditatem, iam dictum est. Cur autem, si suam ignoret conditionem, adire potest, si testatoris, non potest? Illa ratio est, quod qui conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum, dubitat, qui de sua, de testamento certus est. Sed et si, quum esset pure institutus, putavit sub conditione, et impleta conditione, quam iniectam putavit, adiit, an possit acquirere hereditatem? Consequens est dicere, posse eum adire, maxime quum haec suspicio nihil ei obfuerit, nec periculum attulerit. Facilius quis admittet, si quis pure institutus putavit se sub conditione institutum, conditionemque impletam, quam in eventum putabat; nam in nullo haec suspicio obfuit.

(c) L. 33. 34. de acq. vel omitt. bered. (29. 2.). *Paul.* Quodsi dubitet, apud hostes decessit, an civis Romanus, quoniam utroque casu est ius adeundi, et in re est, ut possit adire, dicendum est, posse adire. — Ved. not. preced.

mento non gli nuoce l'essere incerto della porzione, o del modo in cui è istituito se sotto condizione, o puramente e semplicemente (d).

2) Fa d'uopo inoltre che colui che adisce l'eredità sia capace d'obbligarsi, onde all'infante non è dato di compiere quest'atto; per l'impubere non è valido senza il consenso del tutore (e).

Se l'erede è ancora sotto la patria potestà, nel diritto antico acquistava per il padre, ed aveva bisogno dell'assenso di lui; dopo lo svolgimento dell'istituto del peculio ha bisogno dell'assenso paterno, ma i beni diventano avventizii; ovechè se il figlio rinuncia all'eredità il padre può acquistare per sè stesso (f).

II. La volontà nel manifestarsi può essere espressa o tacita; l'espressa può essere verbale o iscritta; la tacita si dichiara per mezzo di atti, i quali non potrebbero esser interpretati se non supponendo, che colui che li opera, si reputa erede *(pro herede gestio)* (g).

Non è richiesta alcuna forma speciale di dichiarazione, purchè non stesse a condizione della istituzione di erede.

L'eredità non si acquista per procuratori (h); eccetto le persone giuridiche che acquistano per mezzo dei loro amministratori, gl'impuberi che acquistano per mezzo del tutore, ed il figlio che trovasi sottoposto alla patria potestà che acquista per mezzo del padre (i).

(d) L. 22. 32. §. 1. eed. — cenf. L. 34. §. 1. eod. — Ved. net. (b).

(e) L. 8. 9. 49. de acquir. vel omitt. ber. (29. 2.). *Ulp.* More nestrae civitatis neque pupillus, neque pupilia sine tutoris anctoritate ebligari possunt; hereditas autem quin obligct nos aeri aliene, etiamsi nen sit selvendo, plus quam manifestum est. De ea antem hereditate loquimur, in qua nen succedunt huiusmedi persenae quasi nccessariae. Impubes, qui in alterius potestate est, si iussu eius adierit hereditatem, licet censilii capax non fuerit, ei acquirit hereditatem. — L. 5. 18. §. 4. C. de iure delib. (6. 30). — L. 9. §. 3. de auct. tut. (26. 8.). — L. 26. C. de admin. et per. (5. 37.).

(f) L. 8. pr. §. 1-3. C. de ben. quae lib. (6. 61.). — L. 18. pr. §. 1. 4. C. de iur. delib. (6. 30.). — L. 6. pr. §. 1-3. L. 13. §. 3. L. 14. 25. §. 4. de acquir. vel omitt. bered. (29. 2.). *Ulp.* Qui in aliena est potestate, nen potest invitum hereditati ebligare eum, in cuius est petestate, ne acri alieno pater ebligaretur. Sed in bonorum possessiene placuit, ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem agnovit is, qui potestati subiectus est. Sed et si legitima bereditas matris filio delata sit ex Senatusconsulto Orphitiane, idem erit probandum. Sed et si non adierit filius, diu tamen pessedit pater hereditatem, credendus est, admisisse hereditatem, ut Divus Pius et Imperator nester rescripserunt.

(g) §. 7. Inst. de bered. qual. (2. 19.). — L. 20. 21. pr. §. 1. 2. L. 24. 69. 86. §. 2. L. 87. de acquir. vel omitt. bered. (29. 2.). *Ulp.* Pre herede gerere videtur is, quid aliquid facit quasi heres. Et generaliter Iulianus scribit, eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere, non tam esse facti, quam animi; nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quis pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure deminus, apparet nen videri pre herede gessisse. — L. 19. 12. 22. §. 4. C. de iur. del. (6. 30.).

(h) L. 90. pr. de acqu. vel omitt. ber. (29. 2.). *Paul.* Per curatorem hereditatem acquiri nen posse.

(i) L. 3. §. 4. L. 7. §. 1. L. 8. 11. de ben. poss. (37. 1.). — L. 18. §. 2. 4. C. de iur. delib. (6. 30.). — L. 11. de auct. tut. (26. 8.). — L. 3. 7. C. qui adm. ad bon. poss. (6. 9.).

§. 263.

2) Tempo per l'adizione della eredità.

Per l'adizione della eredità secondo il diritto civile non è stabilito nessun termine legale (a). Solamente n'è fissato il tempo:

1) Quando l'adizione in un dato termine è posta come condizione nell'istituzione di erede (b).

2) Quando siensi creditori dell'eredità o legatarii, questi possono chiedere che coloro che vi sono chiamati decidano di accettare o ripudiare (c). Allora è dato agli eredi un termine per risolvere, uno *spatium deliberandi*, il quale non può essere più lungo di 9 mesi, e dall'Imperatore medesimo non può essere esteso oltre un anno (d).

Durante questo tempo, l'erede può informarsi dello stato dell'eredità ed avere il diritto ad una provvisoria amministrazione, ovvero come figlio tirarne gli alimenti, quantunque vi sia un curatore (e). Dopo questo termine, se non ha espressamente rinunciato, si reputa come avesse già accettato, e perde il beneficio della legge Falcidia; se al contrario egli ripudia l'eredità senza averne fatto un legale e minuto inventario, è permesso

(a) Ved. *Vangerow*, Arch. di prat. civ. XXII. 7.

(b) L. 72. de acq. vel omitt. heredit. (29. 2.). *Paul.* Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem, et si non ita adierit, alius ei substituatur, prior autem heres, antequam adiret, decesserit, nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis exspectare non soleat.

(c) L. 5. 6. de int. in iure (11. 1.). *Gai.* Qui interrogatur, an heres, vel quota ex parte sit, vel an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur, ad deliberandum tempus impetrare debet, quia, si perperam confessus fuerit, incommodo afficitur.

(d) L. 22. §. 13. de C. iure del. (6. 30.). *Ulp.* Et haec quidem de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam curaverint, quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam, et debere ei derogari; quum enim liceat et adire hereditatem, et sine damno ab ea discedere ex praesentis legis auctoritate, quis locus deliberationi relinquitur? Sed quia quidam vel vana formidine vel callida machinatione pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiversari, et hereditatem inspicere, et alias contra eam machinationes excogitare, et eandem deliberationem flebilibus assertionibus repetita prece saepius accipere; ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemtores, indulgemus quidem eis petere deliberationem, vel a nobis vel a nostris iudicibus, non tamen amplius ab imperiali quidem culmine uno anno, a nostris vero iudicibus novem mensibus, ut neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgeatur, sed etsi fuerit datum, pro nihilo habeatur. Semel enim et non saepius eam peti concedimus. — L. 2. 4. h. t. (28. 8.).

(e) L. 5-7. 9. de iur. del. (28. 8.). *Paul.* Filius, dum deliberat, alimenta habere debet ex hereditate. *Ulp.* Si diu incertum sit, heres exstiturus, nec ne sit, causa cognita permitti oportebit, bona rei servandae causa possideri; et si ita res urgeat vel conditio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur. — L. 28. de acquir. hered. (29. 2.). — L. 8. 9. quibus ex caus. in poss. (42. 4.). — L. 22. §. 1. de reb. auct. iud. (42. 5.).

agli altri che ne fanno parte di determinare con giuramento il montare dell'eredità (f);

3) quando coloro che aspettano di essere chiamati dopo l'istituito, come il sostituto, chiedono di porsi un termine, in cui il primo istituito risolva: ma con questa differente conseguenza, che quando il chiamato in primo luogo dopo il tempo stabilito non risolva, si presume aver egli ripudiata l'eredità (g);

4) quando lo stesso erede istituito domanda un tempo per deliberare; dopo il quale si applicano le conseguenze esposte nel n.° 2.° o 3.° Secondochè egli trovasi a fronte di soli creditori o legatarii, ovvero in sostituzione di lui fosse chiamato un altro all'eredità (h);

5) quando alcuno sia istituito sotto condizione potestativa, potendoglisi assegnare il termine per l'adempimento, e per conseguenza per l'adizione della eredità; l'omissione di tale adempimento produce che l'eredità è deferita al grado successivo, ovvero ai creditori che possono vendere l'eredità medesima (i);

6) finalmente quando un erede necessario, avesse voluto servirsi della querela *inoff. test.*; egli ha sei mesi o dodici per deliberare dalla morte del testatore.

II. Tuttociò ch'è detto per l'*aditio* dell'eredità, è detto per *agnitio* della *bonor. possessio* con le seguenti differenze:

1) Il possesso dei beni dev'essere ventilato in giudizio, ovechè l'adizione dell'eredità si può fare estragiudizialmente (k).

2) L'eredità non si può adire che da colui che ne ha personalmente il diritto, salvo le eccezioni tassate la *bonorum possessio* può essere do-

(f) L. 22. §. 14. C. de iur. delib. (6. 30.). *Iustinian.* Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, et vel adierit hereditatem vel minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiae beneficio minime utatur. Quod si post deliberandum recusaverit, inventario minime conscripto, tunc res hereditatis creditoribus vel his, qui ad heredem vocantur, legibus reddere compelletur, quantitatem earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a iudice statuenda.

(g) L. 69. de acq. vel omitt. haered. (29. 2.). *Ulp.* Quamdiu institutus admitti potest substituto locus non est, nec ante succedere potest, quam excluso herede instituto. Eveniet igitur, ut necessarium sit remedium Praetoris et circa denegandas primo actiones, et circa praestituendum tempus substituto, quia intra diem primo praestitutum neque adire hereditatem potest, neque pro herede gerere. Is autem qui tertio gradu institutus est, si primo deliberante secundus decedat, ipse potest succedere. Ergo expectamus in singulis ut prius iis deferatur hereditas, tunc deinde, posteaquam delata est, exspectamus diem praestitutum, intra quem diem, nisi aut adeat, aut pro herede gerat, denegamus ei actiones. — L. 10. de iur. delib. (28. 8.).

(h) L. 22. §. 13. 14. C. l. c. (6. 30.). — Ved. not. (d) (f).

(i) L. 23. §. 1. de hered. inst. (28. 5.).

(k) §. 7. Inst. de bon. poss. (3. 9.). — Confr. L. 9. C. qui adm. ad bon. poss. (6. 9.).

mandata da un procuratore, anzi senza mandato ancora, purchè il consenso del mandante segua immediatamente nel termine legale; se in questo termine colui che deve consentire divenne demente, il consenso si suppone già dato (l).

3) Il possesso dei beni si chiede dopo la morte del testatore ma a differenza dell'eredità si può domandare anche prima della delazione, quando l'istituzione di erede è condizionata, o quando la successione fu devoluta a chi è dubbio se accetta (m).

4) Il possesso dei beni dev'essere chiesto entro un anno dai discendenti ed ascendenti; entro cento giorni dalle altre persone, dal punto della notizia della delazione (n).

§. 264.

3) Del ripudio della eredità.

T. D. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). — C. de repud. vel abst. hered. (6. 31.). — C. de repud. bon. poss. (5. 31.).

Essendo l'acquisto dell'eredità un atto volontario, colui il quale può acquistarla secondo il diritto civile o secondo il diritto pretorio la può anche volontariamente ripudiare (a).

Come l'adizione così la rinuncia può essere espressa o tacita, nel primo caso si ha il ripudio nel senso stretto, nel secondo la rinuncia appellasi più propriamente *omissio*.

(l) L. 3. §. 7. L. 7. §. 1. L. 11. 16. de bon. poss. (37. 1.). *Ulp.* Sed et eius, qui apud hostes decessit, bonorum possessionem admitti posse, quamvis in servitute decedat, nullis dubitatio est. Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum, vel per alium. Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, quum ratum habuero id, quod actum est. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat ius bonorum possessionis. — L. 7. C. qui adm. ad bon. poss. (6. 9.). — L. 65. pr. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 5. pr. quis ord. in bon. poss. (38. 15.). — L. 24. pr. rat. rem. hab. (46. 8.). *Paul.* Quoties is, cui bonorum possessio ab altero postulata est, furere coeperit, magis probatum, ratum eum videri habuisse; ratihabitio ad confirmationem prioris postulati pertinet.

(m) L. 42. §. 2. de bon. lib. (38. 2.). — L. ult. C. qui adm. ad bon. poss. (6. 9.).

(n) L. 1. §. 9. 12. de succ. edicto (38. 9.). *Ulp.* Largius tempus parentibus liberisque petendae bonorum possessionis tribuitur, in honorem sanguinis videlicet, quia arctandi non erant, qui paene ad propria bona veniunt; ideoque placuit, iis praestitui annum, scilicet ita moderate, ut neque ipsi urgerentur ad bonorum possessionis petitionem, neque bona diu iacerent. Sane nonnunquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in iure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut, si repudiare se dicant, sciant creditores, quid sibi agendum esset; si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt. — L. 2. pr. §. 3. quis ordo in poss. (38. 15.).

(a) L. 18. h. t. *Paul.* Is potest repudiare, qui et acquirere potest. — L. 5. C. h. t.

La rinuncia è validamente fatta tra la delazione e l'adizione dell'eredità, e deve farsi da chi può liberamente disporre delle sue facoltà (b). Per la qual cosa il pupillo non può rinunciare all'eredità senza il consenso del tutore, il quale neppure può rinunciare da sè. Il curatore di un demente potrà omettere di riconoscere il possesso de'beni, ma non può ripudiare l'eredità (c). Se l'eredità è devoluta al figlio di famiglia, per regola, rinunciata dal figlio, può essere acquistata dal padre.

Queste norme valgono anche per la *bon. poss.*: sebbene chi avesse rinunciato espressamente o tacitamente al possesso dei beni, può adire l'eredità per diritto civile (d).

5) Una volta ripudiata l'eredità non è più lecito adirla. Sull'influenza della violenza della frode e dell'errore non vi sono altre regole che quelle generali già esposte altrove: cosicchè si avrà secondo i casi un'*actio doli*, *actio quod metus causa*, ovvero una *in integrum restitutio* (e).

Circa all'errore è però da osservare che chi ripudiò l'eredità *ab intestato* ignorando di essere erede per testamento, può adire la successione testamentaria, nè tale rinuncia può essergli di pregiudizio per l'adizione *ab intestato* non ancora delata (f). Se poi un erede legittimo che sia pure

(b) L. 4. 13. §. 1. 2. L. 18. 23. h. t. *Ulp.* Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire.

(c) L. 8. de bon. poss. (37. 1.). *Paul.* Tutor autem bonorum possessionem pupillo competentem repudiare non potest, quia tutori petere permissum est, non etiam repudiare. — L. 11. C. de iure del. (6. 30.). — L. 26. C. de fideicom. (6. 42.).

(d) L. 30. infin. de minor. (4. 4.). *Papin.* Si filius emancipatus contra tabulas non accepta possessione, post inchoatam restitutionis quaestionem legatum ex testamento patris maior viginti quinque annis petiisset, liti renuntiare videtur, quum, etsi bonorum possessionis tempus largiretur, electo iudicio defuncti, repudiatum beneficium Praetoris existimaretur.

(e) L. 4. C. h. t. (6. 31.). — L. 21. §. 6. quod metus caus. (54. 2.). *Paul.* Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat. — L. 9. §. 1 de dolo malo. (4. 3.). — L. 4. §. 28. de dol. mal. et except. (44. 4.). — L. 7. C. de dolo malo (2. 21.).

(f) L. 17. §. 1. h. t. *Ulp.* Nec is, qui non valere testamentum, aut falsum esse putat, repudiare potest. Sed si certum sit, falsum non esse, quod falsum dicitur, sicut adeundo acquirit, ita et repudiando amittit hereditatem. Heres institutus, idemque legitimus, si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem; sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendus est, utrumque repudiasse; si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata. — L. 77. h. t. *Pompon.* Illud dubitari potest, an, si cum testamento heres institutus essem ab eo, qui etiamsi intestatus decessisset, legitima hereditas eius ad me pertineret, an simul utramque hereditatem repudiare possim, quoniam, antequam ex testamento hereditatem repudiarim, legitima nondum ad me pertinet; verum eodem momento intelligor et ex testamento, et legitimam repudiare, sicuti si legitimam velim ad me pertinere, quum sciam testamento mihi relictam, videbor ante repudiare testamentum, et ita legitimam acquisiisse.

istituito, ripudiò la successione *ab intestato* sapendo di essere istituito, si deputa di aver egli ripudiata la successione tanto testamentaria quanto *ab intestato* (g).

Se chi è erede testamentario e legittimo ripudia la eredità per testamento, può succedere *ab intestato* purchè non vi siano sostituti (h).

Chiunque, sia maggiore o minore di età, rinuncia all' eredità testamentaria e l'adisce *ab intestato* per defraudare i legatarii, può per mezzo di un' *actio utilis ex testamento* essere obbligato a soddisfare i legati ed in generale i pesi ereditarii, come se avesse adita l'eredità testamentaria; solo gli è permesso di far uso quanto ai legati della legge Falcidia (i). L'erede non andrà soggetto a quest'obbligo, quando non ripudiò l'eredità testamentaria per frodare i legatarii, nè con l'intenzione di adire l'eredità *ab intestato;* nè quando lo fece per assenso del testatore o per prevenire l'ingiuria altrui (k).

6) È conseguenza del ripudio dell' eredità che l'erede ne va fuori: onde non è obbligato al pagamento dei debiti, ed in generale agli obblighi dell'eredità, e cessano egualmente a suo riguardo tutti i vantaggi dell'adizione. Pure i legati ed i fidecommessi che gli sono lasciati non vengono annullati dalla rinuncia, se non quando sia tale chiaramente la volontà del testatore (l).

Se tutti gli eredi istituiti rinunciano all'eredità, il testamento è *destitutum*, e tutte le disposizioni anche accessorie sono di nessun momento.

(g) L. 17. h. t. — Ved. not. (f).

(h) L. 17. §. 1. L. 7. h. t. — Ved. not. (f).

(i) L. 1. §. uit. L. 5. 6. pr. §. 1. 5. 8. 13. 15. 18. 24. 23. 26. 30. si quis omiss. caus. (29. 4.). *Ulp.* Si quis per fraudem omiserit hereditatem, ut ad legitimam perveniat, legatorum petitione tenebitur.

(k) L. 17. eod. *Ulp.* Plane si nominatim id ei permisit, dicemos, non eum incidere in Edictum, quia usus est facultate ea, quam ei testator concessit; quod si non ei concessit specialiter testator omittere, is ordo erit seqoendus, quem Iolianus ostendit. — L. 6. §. 1. eod. *Gai.* Si qnis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excludontur legatarii; nam liberum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt. Sed in fideicommissariis hereditatibus id provisum est, ut, si scriptus heres noliet adire hereditatem, iussu Praetoris adeat, et restitoat; qnod beneficium his, quibus singulae res per fideicommissom relictae sint, non magis tributum est, qoam legatariis.

(l) L. 87. de leg. (30). *Papin.* Filio pater, qnem in potestate retinuit, heredi pro parte Instituto legatum qnoque reliquit; durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. — L. 12. C. de leg. (6. 37.).

B. Dell' acquisto indipendente dalla volontà.

§. 265.

1) Dell'erede necessario e del beneficium abstinendi.

Quelli che fino alla morte del testatore trovansi sotto la sua patria potestà, come anche coloro che, nati dopo, pure sarebbero caduti sotto quella potestà, sono detti *heredes necessarii*, ed acquistano l' eredità indipendentemente dalla loro volontà *ipso iure* con la morte del testatore. Tra questi eredi necessarii veniva compreso lo schiavo che non poteva esimersi dall'accettare la eredità, ed era per conseguenza erede necessario assolutamente (a); ma acquistava nondimeno con la successione la libertà se fosse stato designato libero (b).

Poichè l'erede necessario non accetta, nè rifiuta l'eredità, ma succede *ipso iure*, è chiaro che per lui l'ingerirvisi non è un'accettazione tacita come è inteso per gli eredi volontarii, ma è l'intenzione di mantenere l'eredità già acquistata. Però l'impubere acquista l'eredità senza il consenso del tutore, e il minore o il mentecatto senza quello del curatore (c).

Gli eredi necessarii adunque dovevano assolutamente stare a tutte le conseguenze dell'acquisto dell'eredità, anche a discapito; soltantochè il testatore che voleva rendere volontario un erede, che sarebbe necessario, l'istituiva sotto una condizione potestativa (d).

Il Pretore venne in aiuto agli eredi necessarii dando loro un beneficio per mezzo del quale potevano esimersi dai pregiudizii di questa forzata accettazione, astenendosi dall'eredità già acquistata *ipso iure*, onde il nome di *beneficium abstinendi*.

1) L'erede necessario può far uso del beneficio legale di astenersi dall' eredità quando non vi si sia ingerito, nel caso opposto, gli è contro la sua dichiarazione tacita di voler ritenere l'eredità già acquistata.

(a) Pr. §. 1-3. Inst. de hered. qual. (2. 19.).

(b) L. 14. C. de necess. servis (6. 27.). *Antonin.* Quum servi constituti sub appellatione libertorum heredes scripti essetis, ea scriptura benigna interpretatione perinde habenda est, ac si liberi et heredes instituti fuissetis. Quod in legato locum non habet. — §. 1. inst. de hered. (2. 12.).

(c) L. ult. C. de iure delib. (6. 30.). — L. 20. §. 1. 4. de acq. vel omitt. hered. (29. 2.).— §. 3. Inst. de hered. quae ab int. (3. 1.). — Sui autem etiam ignorantes fiunt heredes, et licet furiosi sint, heredes possunt existere, quia, quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis et furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium, et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, quum etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas; nec curatoris consensu acquiritur furioso, sed ipso iure.

(d) L. 86. §. 1. de hered. inst. (28. 5.).

2) Non può far uso del beneficio l'erede che alienò delle cose appartenenti all'eredità (e), ovvero per persone intermedie comperò le cose appartenenti all'eredità (f).

Quanto al tempo si applicano le regole che riguardano il diritto di deliberare (§. 263.).

3) Se un *suus* muore prima di dichiarare se intende giovarsi del *beneficium abstinendi* e lascia un erede necessario, anche questi ha lo stesso diritto del padre di astenersi dall'eredità dell'avo (g).

4) Le conseguenze di questo beneficio legale sono che l'erede cessa di essere tale rispetto ai diritti e agli obblighi nascenti dall'acquisto dell'eredità, ma resta sempre nella qualità di erede rispetto ai diritti che spettano altrui; cosicchè se fosse un solo erede necessario istituito, se anche si astiene, il testamento non può essere considerato come *destituto*, e per conseguenza restano i legati, i fedecommessi, e le sostituzioni pupillari (h).

Finalmente l'astenersi dalla eredità, costituendo un beneficio, può essere rivocato adendosi novellamente la successione: onde il *suus* potrà riacquistare l'eredità se i beni ereditarii non fossero stati venduti nello spazio di tre anni, i quali incominciano a decorrere pel minore dalla fine del termine per la restituzione (i).

(e, L. 71. §. 3-9. de acqu. vel omitt. hered. (29. 2.).). *Ulp.* Praetor ait: SI PER EUM EAMVE FACTUM ERIT, QUO QUID EX EA HEREDITATE AMOVERETUR. Si quis suus se dicit retiuere hereditatem nolle, aliquid autem ex hereditate amoverit, abstiuendi beneficium non habebit. Nou dixit Praetor: *si quid amoverit*, sed: *si per eum eamve factum erit*, *quo quid ex ea amoveretur*, sive ergo ipse amoverit, sive amoveudum curaverit, Edictum locum habebit. *Amovisse* enm accipimus, qui quid celaverit, aut iuterverterit, aut consumserit. Ait Praetor: *quo quid ex ea amoveretur*, sive autem una res, sive plures fuerint amotae, Edicto locus est, sive ex ea hereditate sint, sive ad eam hereditatem pertineaut. Amovere non videtur, qui non callido animo nec maligno rem reposuit; ne is quidem, qui in re erravit, dum putat nou esse hereditariam. Si igitur non animo amovendi, nec ut hereditati damnum det, rem abstulit, sed dum putat uon esse hereditariam, dicendum est, eum amovisse non videri. — L. 91. eod.

(f) L. 91. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). *Paul.* Si is, qui bouis paternis se abstiuuit, per suppositam persouam emtoris bona patris mercatus probatur, parinde eum conveniri oportere a creditoribus, atque si bouis paternis se immiscuisset.

(g) L. 7. §. 1. eod. *Paul.* Si filius, priusquam sciret, se necessarium extitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario, permitteudum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur.

(h) L. 12. de iuter. in iur. (11. 1.). — L. 20. §. 4. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).— L. 30. §. 10. de fidecom. lib. (40. 5.). *Ulp.* Sed et si suus heres se abstinuerit, libertati fideicommissae per Senatusconsultum subventum est, tametsi non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se. — L. 44. de re iud. (42. 1.). — L. 27. §. 3. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 12. de vulg. et pupill. subst. (28. 6.).

(i) L. ult. C. de rep. et abst. her. (6. 31.). *Iustinian.* Si quis suus recusaverit paternam hereditatem, deinde maluerit eam adire, quum fuerat indistincte ei permissum, donec res pa-

§. 266.

C. Acquisto dell'eredità per altre persone ovvero dei casi di trasmissione.

Thibaut, sagg. II. 7. — *Steppes*, le trasmissioni della eredità secondo il diritto romano, Monacn 1831. — *Rosshirt*, successione testamentaria, II. pag. 191.

Per regola generale non si diventa erede se non per mezzo della delazione; vi sono casi però in cui qualcuno acquista l'eredità, diventa erede senza che quella gli sia stata deferita, in quanto che egli si mette nel posto di colui cui fu deferita. In questo caso la delazione non si annulla, ma viene trasmessa ad un altro: onde si distingue massimamente dalla successiva trasmissione, poichè in questa la successione è deferita ad un altro dopo ch'essa fu estinta nel primo, al contrario della trasmissione per cui la stessa delazione è trasmessa: quindi nel primo caso si succede nella delazione, perchè dopo del primo l'eredità è all'altro deferita; nei casi di trasmissione si succede quantunque l'eredità non fosse direttamente deferita al secondo erede, il quale invece prende il posto di chi, ricevuta la qualità di erede, viene in qualunque modo a mancare. I casi di trasmissione sono i seguenti:

I. Quando l'eredità è deferita ad un fanciullo al di sotto di 7 anni, e questi muore nell'infanzia prima che gli fosse acquistata l'eredità, il padre avrà il diritto di acquistarla per sè, ancorchè il fanciullo non fosse soggetto alla sua patria potestà (a). Lo stesso viene accettato anche rispetto ai figliuoli di età più avanzata che trovansi sotto la potestà del padre, quando per assenza è stato impedito l'acquisto dell'eredità prima della morte del figlio (b). Siffatta trasmissione è appellata: *Trasmissio ex capite infantiae, o ex iure patrio.*

ternae in eodem statu permanent, hoc facere, et post multum tempus licebat ei ad eandem hereditatem redire, hoc corrigentes sancimus, si quidem res iam venditae sint, ut nullus aditus ei ad hereditatem reservetur; quod et antiquitas observabat. Sin autem res alienatae non sint, si quidem maior annis constitutus est, et tempora restitutionis nulla ei supersunt, intra trium annorum tantummodo spatium huiusmodi ei detur licentia. Sin autem vel minor est vel in utili tempore constitutus, tunc post completum quadriennium, quod spatium pro utili anno, qui restitutionibus dabatur, praestitum est, aliud triennium ei indulgeri, intra quod potest, rebus in suo statu manentibus, adire hereditatem et suam abdicationem revocare. Quo tempore transacto, nullus aditus penitus ad paternam hereditatem ei reservetur, nisi forte, adhuc eo in minore aetate constituto, res venditae sint. Tunc etenim per in integrum restitutionem non denegatur ei adire hereditatem, et res recuperare, et creditoribus paternis satisfacere.

(a) L. 18. §. 1. 3. C. de iur. delib. (6. 30.). *Theod*. Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitum omnia ex quocumque successione ad eundem infantem devoluta, iure patris quasi iam infanti quaesita capere.

(b) L. 30. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).

II. Per mezzo di una costituzione di Teodosio i discendenti istituiti in un testamento, quando essi morissero anche prima dell'apertura del medesimo o della morte stessa del testatore, trasmettono la loro porzione ereditaria ai proprii discendenti; senza riguardo se sapevano o no di essere istituiti eredi (c). Questo caso è appellato: *Trasmissio Theodosiana.*

III. Se un erede, al quale fu concesso il tempo a deliberare, muore prima che si compisse il termine senza aver dichiarato di accettare o ripudiare, i suoi eredi possono deliberare nel tempo che resta, ed adiscono così una eredità che non è stata loro devoluta (d). Questo caso è detto: *Trasmissio Justinianea ex iure deliberandi.*

IV. Finalmente se qualcuno cui spetti di domandare la restituzione in intiero per omissione di acquisto dell'eredità, muore prima che il termine decorresse, i suoi eredi possono usare del mezzo straordinario di restituzione pel tempo che ancora rimane (e). Lo stesso principio è applicato quando colui che è chiamato muore prima di confermare il possesso dei beni chiesto dal suo procuratore, impedito dall'assenza o da qualunque altro ostacolo legale (f). Questo caso è detto: *Trasmissio ex capite in integrum restitutionis.*

II. Obbietto dell'acquisto dell'eredità.

§. 267.

Del diritto di accrescimento in generale.

T. C. Quando non petentium partes petentibus adcrescant (6. 10.). — Eod. de caducis tollendis (6. 51.).—*Duareni*, de iure accrescendi libri II. in opp. pag. 1075.—*Scip. Gentilis*, de iure accrescendi in opp. 1. pag. 175. — *Donelli* comm. iure civ. lib. VII. c. 12. 13. — *Rossberger*, ius accrescendi ex fontib. iur. Rom. genuinis illustratum. Lips. 1827. — *Baumeister*, il diritto di accrescimento tra i coeredi secondo il diritto romano, Tub. 1828.— *Mayer*, il diritto di accrescimento per la successione testamentaria e legale per i legati e fedecommessi, Tub. 1835.—*Schneider*, il diritto di accrescimento secondo lo antico diritto ed il giustinianeo, Berl. 1837.

Idea fondamentale del diritto romano è che colui al quale fu trasmessa l'eredità ha diritto di entrare nell'universalità de'diritti del defunto, e che questo diritto non viene limitato se non da un diritto eguale dei coe-

(c) L. un. C. de his qui ante apertas tab. (6. 52.). — L. un. §. 5. C. de cod. toll. (6. 51.).

(d) L. 19. C. de iur. del. (5. 30.).

(e) L 1. C. de rest. milit. (2. 51.). — Confr. L. 6. de in int. rest. (4. 1.). — L. 86. pr. de acq. hered. (29. 2.). — L. 24. §. 2. de min. (4. 4.).

(f) L. 86. cit. confr. L. 30. eod. confr. anc. L. 30. L. 4. ad SC. Sillaniano. (29. 5.).—L. 4. §. 3. L. 5. de bon. poss. contra tab. (37. 4.). — L. 74. de acq. her. (19. 2.). — L. 12. de Carb. edicto (37. 10.). — L. 6. §. 1. L. 42. §. 4. de bon. lib. (38. 2.).

redi. Per la qualcosa è indifferente se il testatore avesse o no assegnata una porzione determinata o istituito uno degli eredi *sine parte;* poichè anch'egli succede nella porzione cui lo limitano i coeredi, anzi supposto che manchino gli altri suoi coeredi succede in tutto il patrimonio: sicchè nella diretta successione si fonda questo principio *partes solo concursu fiunt.* Da questo principio scende come conseguenza il diritto di accrescimento; ed in fatti se di molti coeredi uno non acquisti l' eredità, l' ostacolo che aveano gli altri per l'acquisto di tutta l'eredità è rimosso, sebbene in parte, e quindi la porzione di chi manca aumenta la porzione degli altri; se di tutti i coeredi uno solo ne restasse prima dell'acquisto dell'eredità, questi succede in tutto l'asse ereditario *ipso facto,* perchè sono caduti gli ostacoli che lo restringevano ad una porzione.

Da questo principio fondamentale del diritto di accrescimento nascono le seguenti conseguenze:

1) Il diritto medesimo è indipendente dalla volontà del testatore. Certamente questi può far sì che l'accrescimento non succeda ordinando delle sostituzioni, o, come vedremo più innanzi, modificandolo con certe preferenze (§. 268.): ma se dichiarasse *sic et simpliciter* che non deve aver luogo diritto di accrescimento in un caso in cui per legge dovrebbe, la sua dichiarazione sarebbe assolutamente nulla.

2) Egualmente indipendente è dalla volontà dell'erede, il quale deve assolutamente subire l'accrescimento, poichè è assurdo che un erede accetti l' eredità in parte, ed in parte la ripudii; e come ciò non potrebbe fare per la sua originaria porzione, non è nemmeno possibile che accetti questa e ripudii quella che gli si accresce (a).

3) L'accrescimento succede *ipso iure,* e per conseguenza non è mestieri di speciale adizione per la parte che si accresce (b).

4) *Portio portioni accrescit:* ossia posto che un erede muore dopo aver acquistato l'eredità, e dopo manca l'altro erede prima dell'adizione la porzione di costui si accresce all'erede dell'erede innanzi morto (c).

5) Quando un erede ha già acquistata la sua porzione, questa cessa di potersi accrescere altrui: non pertanto si riconoscono nel diritto alcune modificazioni a questo principio (d):

(a) L. 38. L. 53. §. 1. de acqu. vel omitt. hered. (29. 2.). — L. 59. §. 7. de hered. inst. (28. 5.). — L. un. §. 10. C. de cod. toll. (6. 51.).

(b) L. 31. 76. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). — L. 2. §. 8. d. Bon. poss. sec. tab. (37. 11.). — L. un. §. 10. C. cit.

(c) L. 26. §. 1. de cond. et de monstr. (35. 1.). — L. 9. de suis et leg. hered. (38. 16.). — L. un. §. 10. C. cit. L. 33. §. 1. de usufr. (7. 1.).

(d) Ved. *Puchta*, de accrescente portione eius, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit. Lips. 1842.

a) Quando un *suus heres* fa uso del ***beneficium abstinendi***, al coerede o al suo erede si dà la scelta di subire il diritto di accrescimento, ovvero rinunciare alla sua originaria porzione; non permettendoglisi di dividere le due porzioni (e). Questa scelta non è più ammessa se il coerede accetta l'eredità quando il *suus heres* avea già usato del suo beneficio, in quanto che egli ciò sapeva o poteva conoscere; o quando i creditori dell'eredità dichiarono di non esercitare pretensione alcuna sulla porzione di colui, che dall'eredità si astenne. In quest'ultimo caso il coerede è tenuto verso i creditori quanto alla sua originaria porzione e ritiene libera quella del *suus heres* che si astenne (f).

b) Quando un erede domanda la restituzione in intiero contro l'adizione della eredità, il coerede ha il diritto di scegliere se accetti l'accrescimento di questa porzione o si limiti alla sua originaria; in quest'ultimo caso i creditori sono immessi nel possesso della porzione che dovrebbe accrescersi al coerede (g), purchè questi nulla conosceva della restituzione quando acquistò l'eredità (h).

§. 268.

1) Dei diritto di accrescimento nell' eredità ab intestato e testamentaria.

Il diritto di accrescimento poichè deriva dall'intrinseca natura dell'eredità in generale, ha luogo tanto in quella *ab intestato* quanto nella testamentaria: ma sottoposto a diverse regole secondo la diversa natura di queste due forme di successione.

I. Nella successione *ab intestato* spetta il diritto di accrescimento a coloro che avrebbero acquistata fin dal principio la porzione ereditaria di chi manca, se questi non vi fosse mai stato (a): quindi, ad esempio, la porzione di uno de'nipoti del defunto si accresce in primo luogo a coloro che discendono dal medesimo figlio. In generale devesi tenere presente se la successione è *per capita, per stirpes o per lineam:* se solamente *per capita*, il diritto di accrescimento segue tra coloro che concorrono; se insie-

(e) L. 55. 56. de aequir. vel omitt. hered. (29. 2.).

(f) L. 38. 35. eod Ved. Gioss. ad h. l.—*Faber*, err. pragm. dec. 50. err.9.—*Mühlenbruch*, XLII. pag. 167. XLIII. pag. 135. — *Puchta*, eit. pag. 560.

(g) L. 61. de aequ. vel omitt. hered. (29. 2.).

(h) L. 38. eod. Ved. — *Puchta*, eit. pag. 548.

(a) L. 1. §. 10. succ. edicto (38. 9.). *Ulp.* Quibus ex Edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.

me *per capita e per stirpes,* le stirpi concorrono ancora al diritto di accrescimento ciascuna come un solo erede, qualora colui che manca ereditava *per capita:* che se viene a mancar uno di coloro che ereditavano per stirpi, la porzione di lui si accrescerà solamente alla stirpe a cui il defunto apparteneva. Similmente se manca alla successione chi eredita per linea, la porzione sua si accresce a quelli della linea stessa; così se ereditano l'avo e l'ava dal lato paterno, e l'avo dal lato materno, e viene a mancare l'ava, la porzione di lei si accresce solo all'avo paterno.

Le persone alle quali per legge spetta soltanto una parte determinata di eredità, come la vedova povera, non possono valersi del diritto di accrescimento, salvo che pel compimento della porzione spettante loro per legge (b).

II. Riguardo alla successione testamentaria la massima generale è che la porzione dell'erede mancato si accresce a'coeredi, che hanno effettivamente adito l'eredità, senza preferenza di un coerede all'altro. Con tutto ciò non è senza influenza l'aver riguardo alle congiunzioni degli eredi che il testatore fece nel suo testamento: poichè siffatte congiunzioni generano il diritto di accrescimento tra i legatarii, ed una preferenza di alcuni eredi sugli altri. Si distinguono diverse congiunzioni, e specialmente:

1) Gli eredi possono essere congiunti nello stretto significato della parola, ossia essere tutti insieme istituiti in una quota determinata, in guisa che rispetto a questa formano quasi una medesima persona di rincontro agli altri, come nella successione *ab intestato* una stirpe sta rimpetto all'altra. Un'applicazione di questa teoria ai legatarii è agevolmente fatta: diconsi collegatarii, *coniuncti,* quelli, cui la medesima cosa è lasciata in guisa che ciascuno avrebbela tutta, se la concorrenza degli altri non producesse la divisione. La congiunzione devesi ammettere quando è manifesta la volontà del testatore, ovvero quando il testatore chiama all'eredità o al legato molte persone per modo che si riconosce tacitamente una congiunzione tra loro (c). Questi modi taciti danno luogo a due specie di congiunzioni.

a) *Coniuncti re et verbis* sono i coeredi istituiti nella medesima frase, e nella medesima quota ereditaria p. e. *Titius et Maevius ex parte di-*

(b) L. 6. pr. de bon. poss. (37. 1.), *Paul.* Sed quum patrono quidem contra tabulas certae partis bonorum possessionem Praetor polliceatur, scripto autem heredi secundum tabulas alterius partis, convenit, non esse ius accrescendi; igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur, quum ceteri, quibus accrescendi ius est, semel debent agnoscere bonorum possessionem.

(c) §. 8. Inst. de legat. (2. 20.). — L. 59. §. 2. de hered. inst. (28. 5.). — L. 36. §. 2. de legat. (30.). — L. 40. de usu. et usufr. leg. (33. 2.).

midia heredes sunto, ovvero *Titius Maeviusque heredes sunto*, oppure *Titius cum Maevio ex parte dimidia heres esto*. Sono egualmente *coniuncti* quei collegatarii ai quali è lasciata la medesima cosa.

b) *Coniuncti re tantum* sono gli eredi istituiti in diverse frasi, ma nella medesima quota p. e. *L. Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte qua L. Titium heredem institui, heres esto, Sempronius ex parte dimidia heres esto* (d). Sono ancora congiunti in questa guisa quei collegatarii ai quali è lasciata la cosa medesima in diverse frasi p. e. *Titio hominem Stichum do lego; Seio eundem hominem Stichum do lego* (e). Nei testi i collegatarii congiunti in questo modo vengono dinotati con la parola *disiunctim*, o *separatim*, in opposizione dei *re et verbis coniuncti*, che vengono dinotati semplicemente con la parola *coniunctim;* ovechè pe' coeredi la parola *coniunctim* indica non solo i *re et verbis* ma ancora i *re tantum coniuncti.*

2) Da queste vere congiunzioni devesi distinguere la *coniunctio verbis tantum*, poichè congiunti in questa guisa sono i coeredi istituiti nella medesima frase e per la medesima quota ereditaria, ma con divisione di parti: p. e. *Titio et Seio fundum aequis partibus do lego*, sicchè ciascun erede o legatario è chiamato non nella medesima porzione, ma ad una parte determinata della medesima; questi eredi quindi non possono essere chiamati propriamente *coniuncti* (f).

Queste differenti specie di congiunzioni hanno nel diritto di accrescimento la seguente efficacia: se manca all'eredità chi è congiunto *re et verbis*, la sua porzione non accresce quelle di tutti gli altri coeredi, ma solo quelle di coloro cui era congiunto: così se manca chi è congiunto *re* sola-

(d) L. 142. de V. S. (50. 16.). — L. 15. de hered. inst. (28. 5.). *Ulp.* Iulianus quoque libro trigesimo refert, si quis ita heredem scripserit: *Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte dimidia; ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto*, dubitari posse, utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in unum semissem Seium et Sempronium coniungere. Quod est verius, et ideo coniunctim hos videri institutos; sic fiet. Et Titius semissem, hi duo quadrantes ferant.

(e) §. 8. Inst. de legat. (2. 20.). *Paul.* Si eadem res duobus legata sit sive coniunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si vero alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit vel alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: *Titio et Seio hominem Stichum do lego;* disiunctim ita: *Titio hominem Stichum do lego Seio Stichum do lego.* Sed et si expresserit: eundem hominem *Stichum*, aeque disiunctim legatum intelligitur.—L. 1. §. 3. de usufr. accr. (7. 2.). — Gai. Inst. II. 199.

(f) L. 89. de legat. (32.). — L. 13. 66. de hered. inst. (28. 5.). *Pompon.* Si ita quis heredes instituerit: *Titius heredes esto, Caius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto;* quamvis et syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam coniunxisse, quam celerius dixisse videatur.

mente; ovechè se manca chi è congiunto *verbis tantum*, la sua porzione non accresce quelle di coloro cui era congiunto, ma si divide egualmente tra tutti i coeredi (1). Quando al contrario vi è concorrenza tra gli eredi *re et verbis* coi *re tantum coniuncti*, bisogna distinguere: se il *re tantum coniunctus* trovasi in una reale relazione con tutti gli altri *verbis coniuncti*, ovvero con uno dei medesimi: nel primo caso si dà preferenza agli altri *re et verbis coniuncti;* nel secondo *ai re tantum coniuncti:* p. e. dato che il testatore avesse detto, *istituisco A. e B. miei eredi per la metà dell'asse, istituisco C. per l'altra metà; istituisco D. per la medesima porzione nella quale istituii A. e B.*, se A manca all'eredità la sua porzione accresce solamente quella di B. (g); al contrario se il testatore nella sua terza istituzione avesse detto: *istituisco D per la medesima porzione nella quale istituii A*, la porzione di A accrescerebbe solamente quella di D. (2).

ANNOTAZIONI

(1) Sull'influenza che la congiunzione ha sul diritto di accrescimento non si accordano i giureconsulti.

Prima di ogni altro circa la congiunzione *re tantum* il *Gans* (h) non accetta le nostre conseguenze. Egli opina che due eredi egualmente chiamati alla medesima quota punto non siano congiunti: p. e. se due eredi fossero istituiti entrambi in 1|12, essi non hanno nulla che li distingua dagli altri coeredi, giacchè una tale istituzione significa che ognuno di quei due eredi indipendentemente dall'altro è istituito in 1|24. Allo stesso risultato va il *Thibaut*, con argomentazione diversa: tutti i coeredi, egli dice, per natura stessa delle cose sono congiunti *re tantum*, e però non è possibile che si anteponga un solo *coniunctus* agli altri. Se p. e. il testatore avesse istituito A. per una metà del suo patrimonio, questi sarà erede *ex asse;* se al testamento è aggiunta l'istituzione di B per un'altra metà, e sulla medesima l'istituzione di C., B. sarà *re coniunctus* con A, perchè ove questi era erede *ex asse*, vien limitato alla metà; similmente C. sarà congiunto a B e ad A.; se adunque B manca alla successione, C non potrebbe avere quale *coniunctus* nessuna preferenza sopra A, poichè quest'ultimo egualmente è *re coniunctus* con B (i). Di certo non si può contraddire al principio generale del *Thibaut:* tutti i coeredi sono *re coniuncti* rispetto all'asse ereditario, e per questo principio appunto tutti egualmente hanno il diritto di accrescimento; ma non è impossibile che nel medesimo tempo per volontà del testatore vi fosse una speciale *re coniunctio* per una quota determinata dell'asse ereditario, e quindi uno speciale diritto di accrescimento in preferenza sulla quota medesima. Che questo sia stato il concetto dei giureconsulti romani si rileva da che rispetto ai legati essi fondano un diritto di accrescimento pe' *re tantum coniuncti:* su questa analogia bisogna riconoscere la preferenza medesima per l'istituzione di erede. Che le leggi 20. §. 2. 59. §. 3. *de hered. inst.*, indichino solamente i *re et ver-*

(g) L. 34. pr. de leg. (30.).
(h) *Gans*, dr. delle succ. II. pag. 426.
(i) *Thibaut*, Arch. di prat. civ. VII. n. 21.

bis coniuncti non è opinione esatta; imperocchè secondo l'uso della lingua la parola *coniunctim* nell'istituzione dell'erede indica non solamente i *re et verbis* ma ancora i *re tantum coniuncti* (k).

Più controverso è il caso della *coniunctio verbis tantum*, per cui si ammette da alcuni giuristi anche una preferenza nel diritto di accrescimento. Coloro che sostengono questa tesi possono essere distinti in due ordini. Da una parte v'ha chi opina che nell'antico diritto si ammettesse una preferenza nel diritto di accrescere per i *verbis tantum coniuncti*, che si trova anche legittima nel diritto posteriore (l). Opinano altri che i veri principii sul diritto di accrescimento non potrebbero condurre a simile preferenza, nè era stabilita per diritto antico; ma Giustiniano nella legge unica C. *de caducis tollendis* l'ha pel primo stabilita avendo fuso il *ius antiquum* e il *ius caducum vindicandi* (m). Dopo tutto ciò che si è detto, è per lo meno inutile confutare coloro che appartengono al primo ordine; pe'*verbis tantum coniuncti* una preferenza nel diritto di accrescimento è impossibile, prima perchè i giuristi romani negano ai collegatarii *verbis coniuncti* qualunque diritto di accrescere (n) e nella legge 66. *de hered. instit.*, è detto al proposito . . . *Non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditaris portionibus, quia non tam coniunxisse, quam celerius dixisse videatur;* secondariamente perchè essendo per ciascuno determinata la parte, tutti succedono in porzioni divise e non nella medesima quota. In quella legge che il *Gans* cita per fondare la propria opinione o non vi è punto congiunzione, ovvero non vi è la *coniunctio verbis tantum*, ma piuttosto una *coniunctio re et verbis* (o).

Probabile sembra la seconda opinione che difende questa teoria intorno alla preferenza del diritto di accrescere data da Giustiniano per aver confuso insieme il *ius antiquum* e la *caducorum vindicatio*, nella quale costituzione sembra che solamente la congiunzione verbale avesse una preferenza nel diritto di accrescere. Infatti nella *caducorum vindicatio* questa sola congiunzione determina la preferenza del diritto di accrescimento, e per conseguenza, dicono i sostenitori di quella teoria,

(k) V. L. 142. fin. de V. S. (50. 16.). *Paul.* Triplici modo coninnctio intelligitur: ant enim re per se coninnctio contingit, aut *re et verbis*, aut *verbis* tantum. Nec dubinm est, quin coninncti sint, quos et nominum, et rei complexus inngit, veluti: *Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita: *Titius Maeviusque heredes sunto*, vel: *Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto*. Videamus antem, ne, etiamsi hos articnlos detrahas: *et*, *que*, *cum*, interdnm tamen coniunctos accipi oporteat, veluti: *Lucius Titius, Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita: *Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunto; Sempronius ex parte dimidia heres esto*, ut Titins et Maevius veniant in partem dimidiam, et re et verbis coniuncti videantur. *Lucius Titius ex parte dimidia heres esto; Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto Sempronius ex parte dimidia heres esto;* Iulianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in enndem semissem cum Caio Seio institutus sit; sed eo quod Sempronius quoqne ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos, et coniunctim heredes scriptos esse.

(l) *Gans*, cit. — *Baumeister*, diritto di accrescimento §. 22. 23.

(m) *Rudorff*, giornale per la scienza storica giuridica VI. pag. 426. — *Mayer*, diritto di accresc. pag. 215., diritto di succ. I. §. 29. — *Huschke*, annali di *Richter*, 1838. pag. 327.

(n) L. 11. de usufr. accres. (7. 2.). *Papinian.* Quum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur non minus, quam si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset; unde fit, ut inter eos ius accrescendi non sit.

(o) L. 17. §. 1. L. 59. §. 2. L. 63. de hered. inst. (28. 5.).

Giustiniano essendosi attenuto al concetto della legge Giulia e Papia Poppea nel diritto di accrescimento, ammise la medesima teoria, ossia una preferenza del diritto di accrescere per coloro i quali sono congiunti *verbis tantum*. Tutto ciò poteva avvenire, ma non si è provato che veramente sia, anzi dobbiamo ritenere molto più probabile non aver al proposito Giustiniano alterato il diritto precedente, giacchè quelle disposizioni sarebbero direttamente contraddittorie col carattere giuridico del diritto di accrescimento anche nel diritto posteriore. Ora se il concetto fondamentale di questo diritto non venne menomamente cambiato da Giustiniano, doveva poi questo imperatore metterne in contraddizione le conseguenze? Nella legge unica §. 10. *de caducis tollendis* non vi è parola che ci potesse far supporre un cambiamento nel concetto fondamentale del diritto di accrescimento, poichè le parole *coniunctim instituti* dinotano quei che sono congiunti *re et verbis* o *re tantum* secondo l'uso della lingua nell'istituzione di erede, come sopra notammo. Per lo che anche in questa legge i *verbis tantum coniuncti* non hanno nessuna preferenza nel diritto di accrescimento.

(2) È ancora controverso quale influenza abbiano le istituzioni *sine parte* nel diritto di accrescimento, specialmente quando di molti istituiti *sine parte* alcuno venga a mancare. A'questo proposito *Ulpiano* detta: « Unde idem tractat, si duos ex « undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repu« diaverit: utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? et « variat. Sed Servius omnibus accrescere ait, quam sententiam veriorem puto, nam « quantum ad ius accrescendi non sunt coniuncti, qui sine parte istituuntur. Quod « et Celsus lib. XVI. Dig. probat. Idemque putat, et si expleto asse duos sine parte « heredes scripserit, neque hos, neque illos coniuctos (p) ».

Giavoleno sullo stesso argomento: « Heredes sine parte utrum coniunctim, an « separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex coniuctis decessit, hoc non ad « omnes, sed ad reliquos, qui coniuncti erant, pertinet, sin autem ex separatis, ad « omnes qui testamento eodem scripti sunt heredes portio eius pertinet (q) ».

Tra queste due leggi si è supposta una certa contraddizione ovechè sono chiare e concordanti: si potrebbe infatti credere che gl'istituiti *sine parte* fossero *re coniuncti:* se il testatore avesse detto istituisco A per un terzo del mio patrimonio, B per un terzo, istituisco miei eredi C e D, potrebbe credersi che i due ultimi insieme fossero istituiti per un terzo, onde sarebbero *verbis et re coniuncti;* questa opinione è combattuta da *Ulpiano*, perchè gl'istituiti *sine parte* non si possono considerare come *coniuncti* nel concetto del diritto di accrescimento, stantechè non è manifesta l'intenzione del testatore di dare ad uno piuttosto che all'altro la porzione di chi viene a mancare all'eredità, e di determinare due o più persone come una sola persona rispetto agli altri. Comprese in questo modo le parole di *Ulpiano* egualmente devono comprendersi quelle di *Giavoleno*. È inconcepibile come molti giuristi per mezzo d'interpretazione hanno rese oscure leggi per se stesse chiarissime. Infatti sentiamo distinguere eredi *sine parte*, ed eredi *sine partibus instituti*, il primo caso d'istituzione sarebbe quando il testatore non ha determinata divisione p. e. *istituisco A mio erede, istituisco eredi B e C.;* il secondo quando il testatore ha chiamati più eredi in una sola quota senza aver determinate le parti scambievoli p. e., *isti-*

(p) L. 17. §. 1. 2. de hered. inst. (28. 5.).
(q) L. 63. eod.

tuisco A. mio erede per una metà del patrimonio, istituisco B. e C. sull'altra metà; la leggo 17. cit. discorre del primo caso, cioè che gli eredi istituiti *sine parte* non possono essere considerati in nessun modo come *coniuncti:* quando chè la legge 63 devesi intendere che gli eredi istituiti *sine partibus*, ossia come il secondo dei surriferiti casi (r). Altri al contrario credono che nella legge 17 si parli del caso quando insieme ad istituzioni la cui parte è fissata, ve ne fossero altre *sine parte*, e qui vale il principio che coloro i quali siano istituiti *sine parte* non possono essere considerati come *coniuncti*. Nella legge 63 cit. al contrario si tratta del caso in cui tutti gli eredi sono indeterminatamente istituiti, nel qual caso il modo come sono stati chiamati decide se debbono essere considerati come congiunti o separati (s).

III. Relazioni giuridiche tra gli eredi.

§. 269.

A. In generale.

Per mezzo dell'acquisto dell'eredità il complesso delle relazioni giuridiche dell'antecessore si trasmette alla persona dell'erede, come se questi avesse preso il posto del defunto già dal momento della morte di lui (a). L'erede è perciò il perfetto subbietto di ciascuna relazione di diritto contenuta nell'eredità, come se quella avesse avuto esistenza da lui e per lui nell'opportuno modo giuridico. Conseguenza di questo principio è la completa confusione del patrimonio del defunto col patrimonio dell'erede, onde tutti i legami di obbligazioni esistenti prima di questo atto tra l'erede ed il defunto, ovvero tra l'erede e la medesima eredità, come pure tutti i diritti reali che l'erede potesse avere sulle cose del defunto o della eredità e per converso si estinguono appena l'eredità è acquistata (b). Dopo la morte dell'erede il suo patrimonio con l'eredità acquistata forma il complesso di una sola successione (c). La rappresentazione del defunto nella persona dell'erede è uno stato di diritto durevole, ma la distinzione della qualità di erede dalla sua prima persona giuridica può essere anche dopo l'acquisto di qualche importanza (d).

(r) *Faber*, err. pragm. dec. 49. err. 2. — *Rosshirt*, succ. test. II. pag. 240.

(s) *Zimmern*, studi di diritto romano pag. 98.

(a) L. 138. pr. L. 193. de V. S. *Paul.* Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. — L. 54. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).

(b) L. 2. §. 18. de hered. vel act. vend. (18. 4.). — L. 75. de solut. (46. 3.). — L. 21. §. 1. de lib. leg. (34. 3.). — L. 18. de servit. (8. 1.). — L. 116. §. 4. de legat. (30.).

(c) L. 10. §. 2. de vulg. et pupill. subst. (28. 6.). — L. 7. §. 2. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).

(d) L. 5. 21. §. 2. L. 71. pr. de fideiuss. (46. 1.). — L. 93. pr. §. 1. de solut. (46. 3.). — L. 13. de duob. reis (45. 2.). — Confr. L. 1. §. 15. ad leg. Fal. (35. 2.).

B. Relazione degli eredi rispetto ai creditori.

§. 270.

1) Regola generale.

Rappresentando l'erede la persona del defunto è tenuto a soddisfare tutte le obbligazioni di esso in tutta la loro estensione: egli perciò viene considerato debitore come lo stesso defunto, ossia non solamente per quanto possano rispondere le *vires hereditariae;* ma in forza della confusione avvenuta tra i due patrimonii l'erede è tenuto oltre quelle, ossia pel complesso dei due patrimonii confusi in uno (a). Da questo principio nasce ancora la conseguenza che i creditori dell'erede possono pretendere di essere soddisfatti tanto dal suo originario, quanto dal patrimonio che a lui pervenne dalla eredità.

§. 271.

a) Modificazioni: del beneficium inventarii et separationis.

Perchè l'erede non sia, come dettano i principii generali esposti, obbligato verso i creditori dell'eredità *ultra vires hereditariae* Giustiniano introdusse in suo favore il beneficio dell'inventario.

Esso consiste nel compilare un esatto inventario delle cose ereditarie cominciando nello spazio di trenta giorni dal momento che l'erede ebbe notizia della delazione della eredità, e terminando dopo 60 giorni; in caso che le cose ereditarie o la maggior parte di esse fossero in luoghi lontani dal domicilio dell'erede, l'inventario può essere terminato in un anno dalla morte del testatore (a).

(a) L. 8. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). — L. 10. C. de iur. delib. (6. 30.). *Diocl. et Maxim.* Si te bonis paternis maior quinque et viginti annis miscuisti, neque inopia patris te excusat, neque vis fratris, portionem tuam vel testamentum eripientis, arcere te de exactione creditorum, qui iure civili pro hereditaria portione te conveniunt, potest. — L. 36. de bon. lib. (38. 2.).

(a) L. 22. §. 2. 3. 11. C. de iur. delib. (6. 30.). *Inst.* Sin autem dubius est, utrumne admittenda sit, nec ne, defuncti hereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem vel sese immisceat, omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies, post apertas tabulas vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat. Et hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad huiusmodi

Circa alla forma fa mestieri chiamare un pubblico ufficiale, i legatarii i fedecommissarii che si trovassero nella medesima città, ed in mancanza tre uomini degni di fede, e finalmente dei periti per stimare le cose dell'eredità. L'erede deve sottoscrivere la somma totale a cui montano le cose ereditarie con la dichiarazione che tutto è proceduto in ordine; se l'erede non sa scrivere devesi chiamare un altro pubblico ufficiale che sottoscriva per lui, e l'erede deve apporre il segno della croce (b). In caso che qualche cosa fosse dall'inventario dolosamente trafugata, vi è l'obbligo di rimborsarla al doppio (c).

I vantaggi più immediati del beneficio dell'inventario sono:

1) L'erede non può essere convenuto in giudizio durante la compilazione dell'inventario da nessuno dei creditori dell'eredità nè dai legatarii, o fedecommissarii.

2) La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede: onde questi non è obbligato a soddisfare i creditori ereditarii se non fino al valsente del patrimonio del defunto, senza che i creditori potessero pretendere di essere soddisfatti dal patrimonio dell'erede (d).

confectionem necessarii sunt. Subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem et quantitatem rerum, et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remanent, vel si ignarus sit literarum, vel scribere praepediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat, venerabili signo antea manu heredis praeposito, testibus videlicet assumendis, qui heredem cognoscant, et iubente eo, tabularium pro se subscribere, interfuerint.

(b) L. 22. §. 2. 3. C. eod. — Ved. not. pr.—Nov. 1. c. 2. §. 1.

(c) L. 22. §. 10. C. eod.—L. 22. §. 2. C. eod. — Ved. not. (a).

(d) L. 22. §. 4. C. eod. *Iustin.* Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant, et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et, si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur, et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed et si legatarii interea venerint, et eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione. Sin vero creditores, qui et post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverunt res, quarum pretia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt; licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, et vel hypothecis vel indebiti condictione uti, et haec, quae acceperint, recuperare, quum satis absurdum est, creditoribus quidem ius suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes legem accommodare. Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre. Contra ipsum tamen heredem, secundum quod saepius dictum est, qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur. Sed nec adversus emtores rerum hereditariarum, quas ipse pro solvendis debitis vel legatis vendidit, venire alii concedatur, quum satis anterioribus creditoribus a nobis provisum est, vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios perve-

3) L'erede ha facoltà di soddisfare i creditori dell'eredità come si presentano senza tener conto dei loro privilegi; ma i creditori ipotecatarii han diritto di rivolgersi coll'azione ipotecataria contro i creditori più deboli e contro i legatarii. Nel pagamento dei creditori e dei legatarii e fedecommissarii l'erede preleva le spese di funerale e quelle dell'inventario, e riduce i legati e fedecommessi secondo la quarta Falcidia o Trebellianica (e).

4) L'erede può vendere le cose ereditarie per soddisfare i creditori, ovvero darle in pagamento; se fossero obbligate con pegno la vendita le libera, ed i creditori pignoratarii si possono rivolgere ai creditori più deboli e posteriori, e contro i legatarii (f).

5) Poichè il beneficio dell'inventario sospende la confusione de' patrimonii, le azioni spettanti all'erede contro del defunto non si estinguono, e sono da considerarsi come le azioni degli altri creditori; così l'erede non è obbligato a riconoscere le disposizioni compiute dal testatore circa le cose a lui appartenenti, se non in quanto può ottenerne rimborso dalla massa ereditaria (g).

Il beneficio dell'inventario non è dato a colui il quale impetrò un termine per deliberare (h).

II. Come il beneficio dell'inventario sta in favore dell'erede per sospendere la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, ed aver l'agio di soddisfare i creditori dell'eredità dalle sole cose ereditarie; così fu dato a' creditori e ai legatarii un altro beneficio per impedire similmente la confnsione dei due patrimonii, perchè i creditori dell'erede non concorressero con essi e diminuissero in questo modo la massa ereditaria; tale diritto fu appellato *beneficium separationis* (i), il quale si concede per decreto dopo la *causae cognitio* del magistrato (k).

nientibus, et suum ius persequentibus. In computatione autem patrimonii damus ei excipere et retinere, quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Sin vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hae confundantur, sed similem aliis creditoribus per omnia habeat fortunam, temporum tamen praerogativa inter creditores servanda.

(e) L. 22. §. 4. 6. 9. C. eod. — Ved. not. pr.

(f) L. 22. §. 5. 8. C. eod. — Ved. not. (d).

(g) L. 22. §. 4. 9. C. eod. — Ved. not. (d).

(h) L. 22. §. 14. C. eod.

(i) L. 1. pr. §. 1. L. 6. pr. de separat. (42. 6.). *Iulian.* Quoties heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut, quum in creditoribus solidum acquisitum fuerit, legatariis vel solidum, vel portio quaeratur.

(k) L. 1. pr. §. 14. eod. *Ulp.* De his autem omnibus, an admittenda separatio sit, nec ne. Praetoris erit vel Praesidis notio, nullius alterius, hoc est eius, qui separationem indulturus est. — L. 2. C. de bon. auct. iud. (7. 72.).

Per mezzo di tale beneficio i creditori dell'eredità hanno diritto di essere soddisfatti dalla massa ereditaria in preferenza dei creditori degli eredi; ma nel medesimo tempo essi debbono rinunciare d'essere soddisfatti dalle cose dell'erede anche quando questi non avesse esercitato il beneficio dell'inventario (l).

Non è ammesso il beneficio della separazione:

1) dopo cinque anni dall'acquisto dell'eredità (m).

2) quando non è più possibile per la confusione già avvenuta dei due patrimoni (n);

3) rispetto alle cose dall'erede vendute in buona fede (o);

4) per quei creditori i quali in qualunque modo hanno accettato l'erede come il vero loro debitore (p).

Per massima non è concesso tale beneficio ai creditori dell'erede.

(l) L. 1. §. 1. 3. 17. *Ulp.* Item sciendum est, vulgo placere, creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cuius rei ratio illa est, quod, qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, quum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi; separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata. — L. 5. de separat. (42. 6.).

(m) L. 1. §. 13. eod. *Ulp.* Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separatio non postuletur.

(n) L. 1. §. 12. eod. *Ulp.* Praeterea sciendum est, posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem; confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit. Quid ergo, si praedia extent, vel mancipia, vel pecora, vel aliud, quod separari potest? Hic utique poterit impetrari separatio; nec ferendus est, qui causatur bona contributa, quum praedia contribui non possint, nisi ita coniunctae possessiones et permixtae propriis, ut impossibilem separationem effecerint; quod quidem perraro contingere potest.

(o) L. 2. eod. *Papinian.* Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur; utique si nulla fraudis incurrat suspicio; nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.

(p) L. 1. §. 10. 11. 15. 16. eod. *Ulp.* Illud sciendum est, eos demum creditores posse impetrare separationem, qui non novandi animo ab herede stipulati sunt; ceterum si cum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum, quippe quum secuti sunt nomen heredis, nec possunt iam se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt. Sed etsi usuras ab eo ea mente, quasi eum eligendo, exegerunt, idem erit probandum. — L. 2. C. de bon. auct. iud. (7. 72.).

§. 272.

6) Obbligazioni nascenti dalle disposizioni del defunto.

1) Per mezzo dell'accettazione l'erede è obbligato *quasi ex contractu* di eseguire le disposizioni del testatore qualora da esse derivi un diritto in favore di un altro; ma purchè non siano impossibili, nè abbiano natura di *nuda praecepta* (a).

2) In caso che l'erede non adempisse alle disposizioni contenute nel testamento, è soggetto in prima ad un'ammonizione del magistrato, e dopo un anno, se non abbia ancora soddisfatto ai suoi obblighi, la sua porzione è devoluta ai coeredi; se fosse egli un erede necessario istituito oltre la quota legittima, riterrà solamente questa, e l'avanzo va ai coeredi, in mancanza ai legatarii e da ultimo al fisco (b). Chi sottentra all'erede deve prestare cauzione per l'adempimento degli obblighi ereditarii.

3) Qualche volta sono inflitte anche pene private a coloro che non adempiono agli obblighi determinati nel testamento, così se nel testamento vi fosse una disposizione *ad piam causam*, e l'erede persiste nella mora, anche convenuto in giudizio, è obbligato a rilasciare il doppio di ciò ch'era determinato nella disposizione (c).

Quando un discendente deve all'altro discendente tutta o parte della porzione legittima di costui, e si rende moroso anche dopo il giudizio, è obbligato a dare un terzo di più (d).

(a) Inst. de obl. quae quasi ex contractu (3. 28.). — Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potea, et tamen, quia eo maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur. — confr. L. 5. §. 2. deabl. et act. (44. 7.). — L. 3. §. 3. L. 4. quibus ex caus. in poss. (42. 4.). — Ved. L. 114. §. 14. de legat. (30.). — L. 36 §. 4. de legat. (32.).

(b) Nov. 1. c. 1.

(c) L. 46. §. 7. C. de episcop. et cler. (1. 3.). *Iustinian.* Ut autem adbuc maiore metu terreantur heredes morientium, vel harum rerum faciendarum onere gravati, ne ea facere differant, et hoc sancimus, ut, si a Dei amantissimis episcopis conventi bis rebus honorati in mora perseveraverint, ita ut praesidum exactione opus fuerit, confestim non solum simplum, quod relictum est, sed omnino duplum exigatur. Si enim apud veteres erant quaedam causae, in quibus ex inficiatione dupla condemnationis inducebantur, quomodo non etiam bic eos, qui non solum non sponte fecerint, sed tempus praeterea protraxerint, et postremo compulsi a Dei amantissimi episcopis, ac neque ipsis statim parentes, opus habuerint etiam praesidali exactione, dupli exactione convenit castigari? — Conf. Nov. 131. §. 1. 12.

(d) L. 33. pr. C. de inoff. test. (3. 28.). *Iustin.* Si quis suo testamento maximam quidem portionem libero derelinquat, minusculam autem alii vel aliis de stirpe sua progenitis, ipsam tamen legitimam sive in hereditate vel in legato vel in fideicommisso, ut non possit locus inofficiosi testamenti querelae fieri, et ille quidem, qui ex parvulo genitoris sui consequitur substan-

Con tutto ciò l'erede può esimersi dal soddisfare qualunque obbligazione, se l'eredità è esaurita, ed egli l'abbia accettata col beneficio dell'inventario (e).

C. Rapporti giuridici dei coeredi tra loro.

§. 273.

1) Della divisione dell'eredità.

Quando molti insieme succedono ognuno rappresenta la persona del defunto; ma limitati a vicenda, ciascuno in somma la rappresenta *pro parte*. Per tutto ciò che si è detto sugli effetti dell'acquisto, ciascuno degli eredi entra nell'eredità in proporzione della sua parte, e secondo questa proporzione vengono divisi i diritti, le azioni, gli obblighi ereditarii. Tutta la proprietà del defunto trovasi in una parola devoluta a tutti gli eredi; ciascuno n'è proprietario, sicchè per mezzo dell'acquisto nasce fra essi un vero condominio o meglio una vera comunione. Dalla genesi di una tale comunione de'beni di cui ognuno ne ha una parte *pro indiviso* si delineano gli obblighi dei coeredi tra loro:

1) il coerede che si trova in possesso delle cose ereditarie, ha l'obbligo di amministrare debitamente le cose comuni;

2) egli non può impedirne la divisione;

3) ha l'obbligo di mettere nella massa quanto antecedentemente avesse preso. Il primo di questi obblighi appartiene al diritto di obbligazione.

Perciò che riguarda la divisione delle cose ereditarie in comune, essa può avvenire per volontà stessa del testatore, quando egli nel testamento divide l'asse ereditario, ovvero commette una persona alla divisione (a);

tiam, eam suscipere maluerit, qui autem ex maiore parte eam amplexus est, sive unus sive plures sint, non statim et sine contentioso proposito vel ulla mora eam restituere voluerit, sed exspectato iudiciorum strepitu et multis variisque certaminibus habitis, post longum tempus ex sententia iudicis vix eam reddiderit, crudelitatem eius competenti poena aggredimur, ut, si haec fuerint subsecuta, non tantum in id, quod testator voluit eum restituere, condemnetur, sed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerat in testamento derelicta, modis omnibus reddere cogatur, ut avaritia eius legitimis ictibus feriatur; aliis omnibus, quae in eodem testamento vel elogio scripta sunt, pro sui tenore ad effectum perducendis.

(e) Nov. 1. c. 2. §. 1. 2.

(a) L. 20. §. 3. L. 32. 33. 39. §. 5. fam. ercisc. (10. 2.). *Ulp.* Si pater in filios sine scriptura bona divisit, et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem, Papinianus ait. Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant, et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint.

può avvenire per accordo dei coeredi, i quali o dividono essi stessi la massa ereditaria o scelgono un arbitro (b), ovvero da ultimo mediante l'autorità giudiziaria nel giudizio *familiae erciscundae*.

Il diritto di chiedere la divisione è dato a ciascuno erede; però essendo la divisione per sè stessa una specie di alienazione, questa domanda deve farsi da chi abbia il diritto di disporre; i minori per conseguenza non possono domandare la divisione senza un decreto del magistrato, eccetto quando sia già chiesta da un maggiore (c).

La divisione non può essere impedita nè per proibizione del testatore, nè per accordo delle parti; ma è valida la convenzione di restare in comunità per un certo tempo (d).

Per massima il giudice o l'arbitro deve spartire l'eredità nel modo più acconcio, più naturale, e più utile ai coeredi (e), e la divisione deve comprendere ogni sostanza ereditaria, avendosi primamente riguardo alla volontà del testatore, ovvero a quella degli eredi (f); se questi non si accordano, si ripartisce il denaro e tutto ciò che è divisibile; quello che non è suscettibile di divisione si cede al maggiore offerente, o a colui che ha la maggior parte ereditaria (g): e se le condizioni sono pari, in caso di dissenso decide la sorte, e gli altri vengono soddisfatti in altri effetti (h).

(b) L. 30. C. de pactis (2. 3.). — Ved. not. seg.

(c) L. 20. 43. fam. ercisc. (10. 2.). *Ulp.* Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest; nam provocare apud iudicem vel unum heredem posse, palam est; igitur et praesentibus ceteris et invitis poterit vel unus arbitrum poscere. — L. 1. C. comm. utr. iud. (3. 38.). *Anton.* Divisionem praediorum vicem emtionis abtinere placuit. — L. 7. pr. de reb. eor. qui sub. tut. (27. 9.).

(d) L. 14. §. 2. comm. divid. (10. 3). *Paul.* Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires babere manifestissimum est; sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.

(e) L. 52. §. 2. L. 53. fam. ercis. *Iulian.* Arbiter familiae erciscundae inter me et te sumtus quaedam mihi, quaedam tibi adiudicare volebat; pro bis rebus alterum alteri condemnandos esse intelligebat; quaesitum est, an possit peosatione ultro citroque condemnationis facta eum solum, cuius summa excederet, eius duntaxat summae, quae ita excederet, damnare? Et placuit, posse id arbitrum facere.

(f) L. 10. 21. C. fam. ercisc. (3. 36.). *Dioclet.* et *Maxim.* Si cogitatione futurae successionis, officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo, pater communis iudicio suo vel qualicunque iudicio suam declaravit voluntatem, inter eos, qui ei successerunt, exemplo Falcidiae retentionis bacita ratione, familiae dividendae causa datus arbiter pro virili praeterea portione eorum, quae nulli generaliter vel specialiter adsignavit, facta divisione lo adiudicando patris sequetur voluntatem.

(g) L. 22. §. 1. fam. ercisc. (10. 2.). *Ulp.* Familiae erciscundae index ita potest pluribus eandem rem adiudicare, si aut pluribus fuerit unius rei praeceptio relicta, ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adiudicetur, vel si certam partem unicuique coheredum assignet; sed potest etiam licitatione admissa uni rem adiudicare.—L. 26. §. 2. de legat. (30). — L. 34. §. 2. C. de don. (8. 54).

(h) L. 5. fam. erc. (10. 2.). *Gai.* Si quae sunt cautiones hereditariae, eas index curare de-

Se gli eredi non offrono prezzo, la cosa dev' essere venduta all' asta pubblica, ovvero resta in comune ritraendone tutti insieme l' usufrutto (i).

Tra le cose indivisibili sono da annoverare:

1) quelle contrarie ai buoni costumi o al pubblico bene, le quali sieno tolte al commercio: come veleno, libri proibiti, ecc. (k);

2) i documenti che riguardano gl'interessi di più eredi; ed essi sono dati in custodia o a chi ha la maggior parte dell' eredità, o a chi è eletto per sorte, o da ultimo ad un depositario, o ad una chiesa (l);

3) le servitù;

4) i monumenti sepolcrali della famiglia;

5) finalmente non si possono dividere dai diritti le azioni corrispondenti (m).

Compiuta la divisione, la proprietà di ciascuna parte passa al coerede per aggiudicazione, se la divisione fu fatta giudizialmente, ovvero per tradizione, se compiuta col consenso delle parti (n). Se tra le cose divise vi fosse roba altrui, tutti i coeredi sono tenuti a garantia per evizione, in qualunque modo si faccia la divisione (o): e se il testatore stesso avesse spartita l' eredità, è da distinguersi se l'erede avesse acquistata la sua porzione come prelegato, o come quota ereditaria; nel quale ultimo caso i figli e non gli estranei sono obbligati alla garantia, tranne quando il testatore avesse saputo che la cosa non gli appartenesse, o si potesse

bet, ut apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit; ceteri descriptum et recognitum faciant cautione interposita, ut quum res exegerit, ipsae exibeantur. Si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet, aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur, vel in aede sacra deponi debent.—L. 3. pr. C. com. de legat. (6. 43.).

(i) L. 6. §. 2. fam. ercisc. *Ulp.* Ususfructus et ex certo tempore, et usque ad certum tempus, et alternis annis adiudicari potest.

(k) L. 4. §. 1. eod. *Ulp.* Mala medicamenta et venena veniunt quidem in iudicium, sed iudex omnino interponere se in his non debet; boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. Tantundem debebit facere et in libris improbatae lectionis, magicis forte, vel his similibus; haec enim omnia protinus corrumpenda sunt.

(l) L. 5. eod. — ved. not. (h).

(m) L. 4. C. de reliq. (3. 44.). — L. 25. §. 1. fam. ercis. (10. 2.).—L. 6. C. eod. (3. 36.). *Gordian.* Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, quum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisae sunt.

(n) §. 7. Inst. de off. iud. (4. 17.). — L. 13. C. fam. ercisc. (3. 36.). *Diocle*t. et *Maxim.* Si, divisione conventione facta, etiam possessio consensu secuta dominium pro solido rerum, quas pertinere ad patrem tuum placuit, ei firmavit, earum vindicationem habere potes, si patri tuo successisti. Si vero placitum divisionis usque ad pactum stetit, arbiter familiae erciscundae iudicio vobis datus communionem inter vos finiri providebit.

(o) L. 66. §. 3. de evict. (21. 1.). — L. 25. §. 21. fam. ercisc. (10. 2.). *Paul.* Item curare debet, ut de evictione caveatur his, quibus adiudicat. — L. 14. C. eod. (3. 36.). — L. 1. 7. C. comm. utr. (3. 38.).

provare che avrebbe istituito l' estraneo, anche sapendo di non appartenergli quell' oggetto (p).

La divisione fatta dal testatore medesimo non può essere impugnata, eccetto quando vi sia lesione della porzione legittima (q). Se la divisione è fatta dal giudice non può essere impugnata nè per dolo, nè per errore, nè per ineguaglianza di parti: e solo per errori di calcolo si può emendarne la sentenza (r). Finalmente la divisione fatta estragiudizialmente può essere impugnata per dolo e per errore (s).

§. 274.

a) Dell' azione familiae erciscundae.

P. D. familiae erciscundae (10. 2.). C. h. t. (3. 36.); comm. utriusque iudicii (3. 38.).

L' azione per cui il coerede può pretendere giudiziariamente tanto la divisione, quanto le prestazioni personali dagli altri coeredi è detta *actio familiae erciscundae*.

1) Può valersi di quest' azione direttamente qualunque dei coeredi

(p) L. 77. §. 8. de legatis (31). — L. 10. C. de legat. (6. 37.). *Alexand.* Quum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest. Quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel uxori vel alii tali personae, datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse.

(q) L. 10. C. fam. ercisc. (3. 36.). *Gordian.* Quotiens inter omnes heredes testator successionem dividit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis quae in eisdem sunt constituta, iubet esse contentos voluntati eius, salva legis Falcidiae auctoritate, obtemperandum esse manifestum est, non mutat, quod in sequentibus verbis mancipia sua universa, nulla facta eorum discretione, commendanda putavit heredibus, quum utique his ea videatur insinuasse, quibus etiam testamento relinquenda esse decrevit.

(r) L. 3. C. comm. utr. iud. (3. 38.). — L. 36. fam. ercisc. (10. 2.). *Paul.* Quum putarem te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio, et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt; quaero, rei veritate cognita utrum condictio invicem competat, an vindicatio, et an aliud in eo, qui heres est, aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est? Respondi: qui ex asse heres erat, si, quum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae erciscundae iudicium, et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudicati solvit, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae erciscundae, nisi inter coheredes acceptum; sed quamvis non sit iudicium, tamen ad impediendam repetitionem sufficit, quod quis se putat condemnatum. Quodsi neuter eorum heres fuit, sed, quasi heredes essent, acceperint familiae erciscundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice diviserint res, etiam condictionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres, competere dici potest; non enim transactum inter eos intelligitur, quum ille coheredem esse putaverit. — L. 1. §. 1. quae sent. (49. 8.).

(s) L. 3. C. comm. utr. iud. (3. 38.). *Diocl.* et *Maxim.* Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

dopo aver acquistato l' eredità; ma vien concessa utilmente all' erede fedecommissario, all' impubere arrogato per la *Quarta D. Pii*, ed al compratore dell' eredità (a).

2) Ogni coerede in questo giudizio può tenere le parti di attore o di convenuto, senza che dal principio possa determinarsi quale dei coeredi sia l' attore, quale il convenuto; sendochè ogni coerede può in quest'azione essere attore, avendo ognuno di essi diritto di pretendere giudiziariamente la divisione, ed ognuno de' coeredi può essere il convenuto, avendo tutti l' obbligo di sottostare alla divisione medesima; perciò un tale giudizio è detto *duplex* (b).

3) Onde deriva che questa azione suppone necessariamente nelle parti la qualità di erede, e che una dell' eccezioni del reo convenuto per opporvisi è negare nell' attore la detta qualità: allora incombe l' obbligo a costui di provare la qualità negata, o incidentemente se è in possesso di tutta o parte dell' eredità, od altrimenti con la *petitio hereditatis* (c).

4) L' azione intende alla divisione dell'eredità, od anche alla prestazione di obbligazioni personali nate tra i coeredi durante la comunione; ovvero esclusivamente a queste sì prima come dopo la divisione (d). Rispetto a queste relazioni personali colui che amministrò le cose ereditarie è tenuto a prestare verso gli altri la diligenza in *suis rebus*, rendere conto esatto dell' amministrazione delle cose comuni, pagare gl' interessi trascorsi, e per converso ha diritto di essere ristorato delle spese fatte a vantaggio dell' eredità (e).

Ai pesi che gravitano sulle cose, ed ai frutti percepiti prima dell'adizione dell' eredità non si estende l' azione *familiae erciscundae*; nè può essere diretta contro colui che non ha qualità di erede (f).

(a) L. 7. si pars hered. pet. (5. 4.). — L. 2. §. 1. L. 40. 49. fin. h. t. *Ulp*. Si quarta ad aliquem ex Conatitutione Divi Pii arrogatum deferatur, quia hie neqne heres, neque bonorum possessor fit, utile erit familiae erciscundae iudieium necessarium. *Gai*. Si ex asse heres institutus rogatus sit, mihi partem aliquam restituere, veluti dimidiam, utile familiae ereiscundae iudicium recte inter nos agetur. — L. 5. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.).

(b) L. 2. §. 3. h. t. *Ulp*. In familiae ereiscundae iudicio unusquisque heredum et rei, et actoris partes sustinet—confr. L. 13. 14. de iudic. (5. 1.).

(c) L. 1. §. 1. h. t. *Gai*. . . . . Sed la qui possidet neget, eum sibi eoheredum esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: *si in ea re, qua de agitur praeiudicium hereditati non fiat*. Quodsi possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non noeet talis exceptio; quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit; nisi enim coheres sit, neque adiudicari quidquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.

(d) L. 24. pr. L. 31. h. t.

(e) L. 60. pr. pro socio (17. 2.).

(f) L. 44. §. 3. L. 49. in fin. h. t. *Paul*. Fructus, quos ante aditam hereditatem ex fundo hereditario heres capit, non aliter familiae erciscundae iudicio praestare enm Iulianus ait, quam si, quum seiret hereditarium fundum esse, ceperit. — L. 79. §. 2. de contr. emt. (18. 1.).

5) Cessa l'azione *familiae erciscundae* quando fu già una volta esercitata: se non che quando uno de' coeredi fu assente durante la divisione, può essere nuovamente prodotta (g).

Se nella divisione sieno rimaste indivise alcune cose, si può, rispetto a queste, introdurre l' altra azione di divisione appellata *communi dividundo* (h).

6) Per ultima disposizione di Giustiniano l' *actio familiae erciscundae* si prescrive con 30 anni (i).

§. 275.

2) Della collazione.

T. G. D. de collatione (37. 6.). — De dotis collatione (37. 7.). — C. de colletionibus (6. 20.).—Nov. 18. c. 6.—*Pfitzer*, delle collazione tre discendenti, Stutg. 1807.—*Petersen*, de coll. bon. ad hered. ab intest. restr. iuxte leges. Rom. 1825. — *Franke*, principii fondamentali della teoria romane sulle collazione dissert. civil. N. 4. pag. 174. — *Fein*, Il diritto della collazione, Heidelberga 1842.

Se alcuno fra i discendenti che ereditano abbia, durante la vita del defunto, acquistato a suo profitto qualche cosa, che senza ciò sarebbe stata compresa nel patrimonio e partita tra i successori, è notevole una disparità di condizioni nel senso che quel discendente si vantaggia delle quote che altrimenti sarebbero spettate agli altri discendenti. Per agguagliare la condizione di ciascuno, purchè non osti la volontà del testatore, vi è l'obbligo tra i discendenti successori, per testamento o *ab intestato*, di conferire alla massa ereditaria, ed in vantaggio de'coeredi discendenti, le cose acquistate dall'ascendente durante la vita di lui. Questo istituto della collazione, introdotto dai Pretori per riguardo agli emancipati, fu modificato in seguito dai giureconsulti romani, dal diritto imperiale, e finalmente dallo stesso Giustiniano.

(g) L. 44. §. 2. h. t. *Paul*. Si coheredes absente uno coherede rem vendiderunt, et in ea re dolo malo fecerunt, quo plus ad eos perveniret, vel familiae erciscundae iudicio praestabunt ei, qui abfuit, vel hereditatis petitione.

(h) L. 20. §. 4. h. t. *Ulp*. Familiae erciscundae iudicium amplius, quam semel agi non potest, nisi causa cognita. Quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest.

(i) L. 1. §. 1. C. de ann. exc. (7. 40.). *Iustinian*. . . . . . . Nemo itaque audeat neque actionis familiae erciscundae, neque communi dividundo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cuiuscunque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari; sed ex quo ab initio competit, et semel nata est, et non iteratis fabulis saepe recreata, quemadmodum in furti actione dicebatur, post memoratum tempus finiri.

Hanno l'obbligo alla collazione:

1) i discendenti che ereditano, di talchè cessa l'obbligo della collazione pel discendente che ripudia l'eredità;

2) secondo la Nov. 18 il discendente che succede *ab intestato*, ovvero per testamento, ma che senza il testamento sarebbe sempre il più prossimo erede *ab intestato* (a);

3) gli eredi di coloro che aveano quest'obbligo, ossia dei discendenti; nei casi di trasmissione (§. 266.) anche colui a chi si trasmise la successione (b); ma gli eredi dei discendenti vi sono tenuti quando essi hanno ereditato dal predefunto parente, ed è pervenuto nelle loro mani quanto costui doveva conferire (c).

Tutti coloro che hanno l'obbligo della collazione hanno insieme il diritto di domandarla dagli altri, ed esclusivamente se ne vantaggiano. Onde se con coloro che hanno il diritto e l'obbligo di conferire succedono altri: p. e., la vedova povera, o estranei istituiti, questi ultimi non avranno alcun vantaggio dalla collazione.

Rispetto all'oggetto è stabilito il principio che bisogna conferire alla massa ereditaria tutto ciò che può essere imputato nella porzione legittima; e specialmente possiamo ridurre l'obbligo della collazione alle seguenti cose:

a) la dote costituita per la figlia o la nipote, tanto durante il matrimonio quanto dopo lo scioglimento di esso (d);

b) la *donatio propter nuptias* (e);

(a) Nov. 18. c. 6. Illud quoque hac lege complecti pulcrum duximus; quum enim prioribus legibus constitutum esset de collationibus, ut, si parentes intestati moriantur, collationes secundum vim suam fierent, sin vero testamento facto nihil de illis dixerint, collationibus locus non esset, sed res dotis vel alio nomine datae retinerentur, et relicta vindicerentur, nos sancimus, ne talis praesumtio ullo modo locum habeat, sed sive quis decedet intestatus, sive testatus (quoniam incertum est, oblitusne eorum, quae data sunt, an perturbationem mortis pressus mentionem illius rei non fecerit), omnino collatio aequaliter fiat, uti iam constitutum est, nisi ille expresse disposuerit, se collationem fieri nolle, sed eum, qui a lege conferre cogitur, habere et id, quod datum est, et iuribus testamento delatis frui. Omnia autem, quae antea a nobis de collationibus sancita sunt, in suo robore maneant.

(b) L. 14. C. h. t.

(c) *Puchta*, Pand. §. 512. not. c. — *Mühlenbruch*, comp. §. 719. not. 14. — *Franke*, op. c. pag. 203 — *Fein*, pag. 352. — *Rosshirt*, succ. test. II. pag. 218. — *Vangerow*, paud. §. 516. in contrario — *Pfitzer*, o. c. §. 85. 92. — *Thibaut*, §. 882. — *Schweppe*, §. 862.

(d) L. 5. C. h. t. *Gordian.* Dotis quidem petitio perseverante matrimonio tibi non competebat; quamvis enim eam, intestato patre defuncto, fratri conferre debueras, non tamen eo nomine adversus maritum tibi actio potuit esse, quum eo minus in partem tibi delatae successionis patris auferre potueris.

(e) L. 17. 19. 20. C. eod. *Iustinian.* De collatione vero dotis vel ante nuptias donationis, quam defuncta persona pro filio vel filia superstitibus et pro mortuo vel mortua filio vel filia dedisset, multa dubitatio orta est, superstitibus quidem filiis defunctae personae, non debere se

c) il prezzo di una milizia vendibile (f);

d) le semplici donazioni quando sieno state dal testatore imputate nella porzione legittima, ovvero quando il donatario concorre con altri discendenti, che conferiscono la dote o la *donatio propter nuptias*, quandochè il donatario non altro avrebbe a conferire che la sola donazione.

Non vanno soggette a collazione:

1) le donazioni rimuneratorie già effettuate;

2) le spese per gli studii e gli alimenti naturali e civili (g);

3) il peculio *castrense* e *quasi castrense* proveniente dal defunto (h);

4) il danaro per cui si è riscattato un figliuolo prigioniero (i).

Infine il testatore quando il voglia, può dispensare l'erede dalla collazione, purchè non venga offesa la porzione legittima degli altri; potrà al contrario imporre la collazione anche di quelle cose, che non si dovrebbero, qualora l'ordinasse nel testamento, o nell'atto di donazione (k).

5) La collazione può farsi tanto col rimettere nell'asse ereditario le cose da conferire ossia per mezzo della restituzione, quanto computandone il valore sia con l'imputarlo nella quota di colui che è obbligato a conferire, sia pagandolo a coloro che han diritto alla collazione (l). Il valore è

dotem et ante nnptias donationem, pro se datam a sno patre vel matre, conferre filiis mortui fratris sui vel mortuae sororia suae, contendentibus eo, quod nuila constitutio anper buiusmodi collatione poaita est, nepotibus vero mortnae peraonae non tantum buic resistentibns, sed etiam illud aaserentibus, quod onns collationia, constitutione Arcadii et Honorii divae memoriae aibi impoaitnm, in personis tantummodo snorum avunenlorum, non etiam patruornm vel amitarum vel materterarum locum habere potest. Talem igitur subtilem dubitationem amputantes praecipimus, tam filios vel fiiias defunctae personae dotem vel ante nuptias donationem a parentibus auis aibi datam conferre nepotibus vel neptibus mortuae personae, qnam eosdem nepotes vel neptes patrnis suia aut avnnculis, amitis etiam et materteris dotem et ante nnptias donationem patria sni vel matris, qnam pro eo vel ea mortna persona dedit, similiter conferre, nt, commixtis bninsmodi coliationihns enm bonis mortuae personae, duas qnidem partes nepotes vel neptes habeant illius portionis, qnae patri vel matri eorum, ai snperesset, deferebatur, tertiam vero eiusdem portionis partem una cum aibi competentibns portionibus tiiii vel filiae defnnctae personae, cnins de bereditate agitnr, capiant.

(f) L. 20. pr. C. h. t.

(g) L. 1. §. 16. b. t. (37. 6.). *Ulp.* Sed an id, qnod dignitatis nomine a patre datum est vel debetnr, conferre qnis in commnne cogatnr, videamus. Et ait Papinianns libro tertio decimo Quaestionum, non esse cogendum; boc enim propter onera dignitatis praccipnum baberi oportere. Sed si adbne debeatur, boc sic interpretandnm est, ut non aolns oneretur ia, qni dignitatem meruit, sed commune ait omnium berednm onus hoc debitum. — L. 50. fam. ercisc. (10. 2.).

(b) L. 1. §. 15. h. t. Nec castrense, nec quasi castrense peculinm fratribns confertur; boe enim praecipuum esse oportere, mnltis Constitntionibus continetur.

(i) L. 17. C. de post. (8. 5.).

(k) L. 39. §. 1. famil. ercisc. (10. 2.).— L. 1. 7. 20. infin. C. h. t.—Nov. 18. c. 6.— Ved. not. (a).

(l) L. 1. §. 9. 11. 12. b. t. *Ulp.* Iubet autem Praetor ita fieri collationem, ut recte cavea-

determinato al tempo della divisione se non vi è colpa o mora di colui il quale è obbligato. Frattanto questi potrà dare cauzione pel valore da conferire mediante pegno o fideiussione nel caso che non fosse stabilito l'obbietto e modo di collazione. Il diritto di scegliere tra la restituzione materiale, o l'imputazione de'valori da conferire nella divisione spetta a chi ne ha l'obbligo (m).

6) Se le cose da mettere in collazione sono migliorate, si può ripetere il rimborso secondo le norme generali; se al contrario sono peggiorate, chi conferisce sarà tenuto per *diligentia in suis rebus* (n).

Gl' interessi sulle somme corrono dal momento della mora, e le prestazioni de'frutti dal momento della morte del testatore (o).

7) I mezzi giuridici per chiedere la collazione sono molti, applicabili secondo i casi: prima di ogni altra l'*actio familiae erciscundae;* ma se la detta azione fu già introdotta da chi ha l'obbligo della collazione, questa si domanda per mezzo di una eccezione (p). Se fu data cauzione, poichè vi è uno stipulato, l'azione sarà quella che proviene *ex stipulatu:* e da ultimo se la divisione è già compiuta senza che si sia tenuto conto della collazione, si potrà agire con la *condictio indebiti* (q).

ANNOTAZIONE

I. L'obbligo di conferire fu introdotto dal Pretore per l'emancipato in favoro dei *sui heredes*; in conseguenza de' nuovi concetti che andavano riformando il sistema di successione. Imperocchè ereditando l'emancipato in concorrenza dei *sui* mercè la *bonorum possessio contra tabulas*, e mercè l'editto *unde liberi*, veniva imposto dall'equità di ponderare la diversa condizione giuridica ed economica del *suus*

tur; caveri autem per satisdationem oportere. Pomponius ait. An pignoribus caveri possit, videamus; et Pomponius libro septuagesimo nono ad Edictum scripsit, et reis, et pignoribus recte caveri de collatione: et ita ego quoque puto. §. 11. Quamvis autem Edictum Praetoris de cautione loquatur, tamen etiam re posse fieri collationem, Pomponius libro septuagesimo nono ad Edictum scripsit; aut enim re, inquit, aut cautione facienda collatio est. Igitur dividat, inquit, bona sua cum fratribus, et quamvis non caveat, satisfacit Edicto. Sed et si quaedam dividat, de quibusdam caveat, aeque dicimus, eum satisfecisse. Sed quum possint esse quaedam in occulto, non satis confert, qui non cavit, quamvis dividat. Si igitur constet inter partes, quid sit in bonis emancipati, sufficiens collatio est divisio; si non constet, sed dicantur quaedam non esse in commune redacta, tunc propter incertum cautio erit interponenda.

(m) L. 1. §. 12. eod.

(n) L. 1. §. 5. de dot. coll. (37. 7.). *Ulp.* Dum dos confertur, impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non. — L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. h. t. — Nov. 97. c. 6.

(o) L. 5. §. 1. de dot. coll. (27. 7.). *Papinian* Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit; viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, quum emancipatus frater etiam fructus conferat, et filia partis suae fructus percipiat.

(p) L. 16. C. h. t.

(q) L. 16. C. h. t.

e dell' emancipato: e veramente tutti gli acquisti fatti dal primo durante la vita del padre, comechè tornavano a costui, eran compresi nel patrimonio da dividere: ovechè quelli fatti dal figlio emancipato fin dal tempo dell'emancipazione eran divenuti sua proprietà libera non compresa in quel patrimonio. Concorrendo entrambi, faceva quindi bisogno, per metterli alla stessa misura, di riunire alla successione quanto l' emancipato avea acquistato un proprio suo vantaggio fino alla morte del padre: onde la collazione, governata dalle seguenti regole:

1) Solamente gli emancipati e non mai i *sui* sono obbligati alla collazione, quando vengono alla successione coll' editto *unde liberi* e con la *bonorum possessio contra tabulas*; tale obbligo secondo la regola generale è trasmesso all' erede dell' emancipato quando costui muore dopo l' *agnitio* della *bon. poss.* (r).

2) La collazione è data in favore dei *sui;* non degli altri emancipati (s).

3) È soggetto a collazione tutto il patrimonio dell'emancipato qual era al tempo della morte di suo padre, purchè non vi sia in dolo (t); non vi sono soggetti gli acquisti successivi (u).

4) Su tutto ciò che si è conferito si vantaggiano colui che conferisce, tutti gli altri *sui*, e coloro che succedono pei *sui* premorti; per costoro il vantaggio della divisione delle cose conferite è *per stirpes*; di modo che l'emancipato rispetto agli altri *sui* o a stirpi acquista sempre una porzione virile. Gli altri emancipati sono affatto esclusi: p. e. se vi fosse un solo emancipato, che concorre con uno o più *sui*, ognuno di loro prende una porzione virile sui conferimenti: se per converso concorrono più emancipati con due *sui*, ogni emancipato ritiene un terzo di quello che deve conferire, e dà a ciascuno dei *sui* un altro terzo senza badare agli altri emancipati; sicchè in definitiva i *sui* vengono ad acquistare più di ciascuno emancipato: *emancipatos non indignari oportere, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerint bonor. poss. omittere* (v). Se l' emancipato concorre co'proprii figliuoli rimasti sotto la potestà dell' avo, per la *nova clausola Iuliani* (§. 255), egli conferisce in favore de'figliuoli solo una metà e mantiene per sè l' altra metà delle cose soggette a collazione (x).

Pei principii e lo scopo di quest' istituto si fa chiaro che non sono da conferire tutti gli acquisti che non sarebbero tornati a profitto del padre, nè appartenuti alla

(r) L. 1. pr. 3. h. t. L. 1. C. h. t.

(s) L. 1. §. 24. *Ulp.* Portiones collationum ita erunt faciendae, utputa duo sunt filii in potestate, unus emancipatus habens trecenta, ducenta fratribus conferet, sibi centum; facit enim iis partem, quamvis is sit, cui conferri non solet. Quodsi duo sint filii emancipati habentes trecenta, et duo in potestate, aeque dicendum est singulos singulis, qui sunt in potestate, centena conferre, centena retinere, sed ipsos invicem nihil conferre. Dotis quoque collatio in eundem modum fiet, ut, quicunque confert, etiam suam personam numeret in partibus faciendis. L. 3. §. 2. 3. h. t.

(t) L. 1. pr. §. 23. L. 2. §. 2. *Paul.* De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur, ad cuius detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant, ea, quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere; et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus Praetor viri boni arbitratu iubet conferri bona; vir autem bonus non sit arbitraturus, conferendum id, quod nec habet, nec dolo, nec culpa desiit habere.

(u) L. 6. 15. C. h. t.

(v) L. 2. §. 5. 7. L. 1. §. 24. L. 3. §. 2. h. t.

(x) L. 1. §. 13-15 de coniung. cum emanc. lib. (27.9.).—conf. L. 1. §. 16. h. t.—ved. not. (h).

sua eredità, quand' anche l'emancipato si fosse trovato sotto la patria potestà fino alla morte del genitore. Similmente le regole sulle proporzioni del *conferendum* sono congruamente modificate, quando non tutta la porzione che l'emancipato prende sull'eredità paterna è tolta al *suus:* se p. e. nel testamento vi fosse istituito un estraneo e preterito un emancipato, prevenendo questi all' eredità per mezzo della *bon. poss. contra tabulas* deve conferire solamente per quella porzione che vien tolta al *suus:* onde se il *suus* in siffatto testamento fosse istituito in $^3/_4$ e l'estraneo in $^1/_4$, l'emancipato che rivendica a sè una metà, deve conferire al *suus* solamente $^1/_4$: *pro quadrante tantum bona sua collaturum Iulianus ait, quia solum quadrantem fratri suo abstulit* (y).

Questa collazione regolata per l'emancipato nelle Pandette e nel Codice, perdè ogni importanza, per ciò che riguarda la successione *ab intestato*, dopo la Nov.118, che mutò perfettamente il sistema di questa successione (z).

II. Così come si è esposto l'obbligo della collazione pel figliuolo emancipato era stabilito per la *sua* rispetto alla dote; concorrendo essa con altri *sui* suoi fratelli all'eredità del padre, doveva conferire non solo la dote profettizia ma ancora l'avventizia (aa). Nelle regole e nell'applicazione questa collazione è simile alla *collatio bonorum* dell' emancipato (bb) con la sola differenza che sulla collazione della dote si vantaggiano anche i figliuoli emancipati (cc).

III. A questa collazione fa riscontro quella sancita da Leone, per la quale il discendente conferisce la *donatio propter nuptias*, aggiungendo che tanto il conferimento della dote, quanto quello della donazione per nozze dovevano seguire senza riguardo alla patria potestà, anche quando l'ascendente stesso avesse costituita l'una e l' altra. Questa collazione si allontana dalle altre, nel senso che di questa non la diversità delle condizioni dei successori fu l' origine, ma l' interesse che un discendente non prendesse nella successione *ab intestato* più di un altro.

IV. Finalmente Giustiniano nella L. 20. C. h. t. decretò la nuovissima riforma di questo istituto giuridico; volle che si conferisse tutto ciò che può essere compreso nella porzione legittima, e però anche il prezzo di una *militia*, in quanto l'erede fosse arricchito nel tempo della morte dell' ascendente: come ancora la semplice donazione quando il donante non avesse dispensato il discendente dall'obbligo della collazione. Quest'ultima regola anzi diventa di massima, di guisa che la collazione, che fino a questo punto avveniva nella *bonor. poss. contra tabulas*, con la Nov. 18. c. 6. fu estesa ancora alla successione testamentaria, quando il testatore non avesse disposto il contrario.

(y) L. 1. §. 3. h. t.

(z) Ved. *Vangerow* §. 515.

(aa) L. 1. §. 7. de dot. collat. (37. 7.). — L. 4. C. h. t. *Gordian.* Filiae dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant: nec dubium est, profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam, fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.

(bb) L. 3. L. 4. C. h. t.

(cc) L. 4. C. h. t. — ved. not. (aa).

§. 276.

3) Della vendita della eredità.

T. D. de hereditate vel actione vendita (18. 4.).—C. h. t. (4. 39.).—*Beseke*, de alienatione hered. ad explan. L. 2. C. de her. vel act. vend. Hal. 1774.

1) L' erede può trasferire ad altri per mezzo della vendita tutta o parte dell'eredità. Per mezzo di quest' atto si originano tali legami tra le parti che il compratore e non il venditore viene considerato come il vero erede; onde tutti i diritti e gli obblighi dell'eredità passano al compratore di essa (a); tutto ciò che dovrebbe spettare all' erede per diritto di accrescimento ricade al compratore il quale può sperimentare anche le azioni utili di eredità. Senonchè a lui punto non si devolve quello che toccherebbe all' erede per sostituzione pupillare formando questa una novella eredità (b).

2) In caso che il venditore avesse alienate le cose ereditarie prima della vendita, deve rifonderne il prezzo; ed è tenuto all' *id quod interest* se le avesse alienate dopo il contratto di vendita ma prima della tradizione (c). Egli è tenuto di evizione per l' eredità intera.

3) Se alcuna cosa fu perduta prima della vendita, il venditore sarà obbligato per dolo e colpa lata; se dopo, anche per *culpa levis*.

4) È poi conseguenza necessaria della vendita il ritorno all' erede venditore di tutti quanti quei diritti che si erano prima estinti per la confusione de' patrimonii (d).

(a) L. 2. pr. §. 3. seq. h. t. *Ulp.* Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, quum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset; plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.

(b) L. 2. §. 2. h. t. *Ulp.* Et illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendidit hereditatem, pervenit, ex emto actioni locum faciat? Et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est; licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est. Plane si hoc actum sit, dicendum erit, etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.

(c) L. 6. C. h. t. *Alexand.* Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogitur. — L. 2. 7-12. L. 14. §. 1. L. 15. 21. h. t.

(d) L. 2. §. 18. 19. 20. L. 9. h. t. *Ulp.* Quum quis debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desinit; sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere; et idcirco teneri venditori hereditatis, sive quum moritur testator, debuit, quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate, sive quid in diem debeatur, sive sub conditione, et postea conditio extitisset; ita tamen, si eius debiti adversus here-

A queste conseguenze della vendita dell'eredità non osta la massima *semel heres semper heres;* poichè l'erede venditore è sempre come tale reputato rispetto ai terzi; onde egli può esercitare ancora le azioni ereditarie, avendo poi, tranne i guadagni puramente accidentali, l'obbligo di restituire al compratore quanto in questo modo riscuote (e).

IV. Mezzi per la tutela del diritto di successione.

§. 277.

A. Della hereditatis petitio.

T. G. de hereditatis petitione (5. 3.). — Si pars hereditaria petatur (5. 4.). — De possessoria hereditatis petitione (5.5.).—De fideicommissaria hereditatis petitione(5.6.).— C. de petitione hereditatis (3. 31.). — *De Buchholz*, in che si distingue la *hered. pet.* dalla *rei vindicatio*? diss. civ. N. 1.

La *hereditatis petitio* è un' azione reale per cui l' erede domanda di essere conosciuto per tale, e ripete la restituzione delle cose che compongono l' eredità.

I. Spetta l' *hereditatis petitio*:

1) direttamente all' erede per diritto civile, sia testamentario sia *ab intestato* (a);

2) utilmente al *bonorum possessor* sotto nome di *possessoria hereditatis petitio* (b);

3) all' erede fedecommissario col nome di *fideicommissaria hereditatis petitio* (c);

dem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emtore agatur. Et si servitutes amisit heres institutus, adita hereditate ex vendito poterit experiri adversus emtorem, ut servitutes ei restituantur. Sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilominus agere potest cum emtore.

(e) L. 2. §. 7. 18. h. t. *Ulp.* Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emtori restituere id debeat? Et est apud Iulianum haec quaestio tractata libro sexto Digestorum, et ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem, et quod non debitum solverit, non reputare; nam hoc servari, ut heres emtori non praestet, quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur, quod non debitum praestiterit. Si autem condemnatus praestiterit, hoc solum heredi sufficit, esse eum condemnatum sine dolo malo suo, etiamsi maxime creditor non fuerit is. — L. 88. de heredib. inst. (28. 5.). — L. 43. §. 3. de vulg. et pup. subst. (28. 6.).

(a) L. 1 h. t. (5. 3.). *Gai.* Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo. Vetere, e lege duodecim tabularum, vel ex testamento, quod iure factum est.

(b) L. 1. 2. de poss. her. pet. (5. 5.). *Ulp.* Ordinarium fuit, post civiles actiones heredibus propositas rationem habere Praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est. *Gai.* Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

(c) L. 1-3 de fid. her. pet. (5. 6.). *Ulp.* Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his, qui-

4) finalmente tanto all' erede universale rispetto a tutta la eredità, *universalis hereditatis petitio,* quanto all'erede parziale rispetto alla quota, *partiaria hereditatis petitio* (d).

II. L' azione è diretta contro chi possiede tutto o parte dell' eredità, ma non comunque, sibbene in modo che neghi nell' attore la qualità di erede, cioè coi seguenti titoli:

1) *Pro herede,* ossia affermandosi erede, ovvero *bonorum possessor* (e); tra i possessori *pro herede* bisogna annoverare colui, al quale fu restituita un universale fedecommesso, colui che ha comprato un'eredità o una quota di essa, e finalmente colui che possiede le cose ereditarie *dotis causa* (f).

2) *Pro possessore,* ossia non avendo nessun titolo legale di possesso; *possideo quia possideo.*

In questa categoria vanno coloro, che spontaneamente si sieno impossessati delle cose ereditarie lasciate senza rappresentanti, sia perchè così vollero, sia pure perchè credevano di avervi buon diritto; poichè anche in quest'ultimo caso non è lecito di appropriarsi le cose per sola autorità propria dopo la morte del testatore. Per la qual cosa anche il proprietario che si fosse messo per propria autorità nel possesso di alcuna cosa posseduta dal defunto è obbligato nel giudizio di *hered. pet.* di restituirla al vero erede, senza poter far uso dell'*exceptio dominii;* vero è che dopo può esercitare a volta sua la *rei vindicatio* contro l'erede, come avrebbe potuto contro il testatore (g). Similmente dev' essere considerato come possessore a questo titolo colui, che tolse di propria autorità il possesso al defunto stesso (h); come ancora chi rispetto ad un terzo possessore

bus restituta est hereditas. Nam quisquis suscepit restitutam hereditatem ex Senatusconsulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit. *Paul.* Quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis.

(d) Ved. tit. D. si pars her. pet. (5. 4.).

(e) L. 11. 20. §. 13. h. t. (5. 3.). *Ulp.* Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri; quo iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. §. 1. Pro possessore vero possidet praedo.

(f) L. 13. §. 4. 6. 8-10. L. 20. §. 13. h. t. *Ulp.* Licet autem Senatus de his locutus sit, qui se heredes existiment, tamen etsi bonorum possessores se existiment, vel alios successores iustos, vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conditione.

(g) L. 11. §. 1. L. 12. 13. pr. h. t. L. 3. C. quorum bon. (8. 2.).

(h) L. 14. §. 2. quod met. caus. (4. 2.). *Ulp.* In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur; et sane quum per metum facta iniuria anno, et quidem utili, exoleverit, idonea esse causa debet, ut post annum actio haec dari debeat. Alia autem actio esse sic potest: si is, cui vis admissa est, decesserit, heres eius habet hereditatis petitionem, quoniam pro possessore, qui vim intulit, possidet; propter quod heredi non erit metus causa actio, quamvis, si annus largiretur, etiam heres in quadruplum experiri possit. Ideo autem successoribus datur, quoniam et rei habet persecutionem.—L. 6. §. 5. L. 22. §. 1. de act. rer. amotor. (25. 2.).

s'impossessa delle cose appartenute all'eredità sia per azione illegale, sia per atti giuridici nulli di diritto (i); ovechè se ne avesse tolto il possesso in contraddizione del vero erede, non potrebbe nuocergli *hereditatis petitio.*

3) È equiparato a possessore sia *pro herede* sia *pro possessore* l'erede di chi tenne il possesso con uno di questi titoli, senza tener conto del proprio *animus* di questo erede (k).

4) Finalmente l'azione ereditaria può essere esercitata contro il *fictus possessor* (l), a riguardo del quale sono applicabili i principii osservati nella teoria della *rei vindicatio* (§. 172.).

III. Quanto all'obbietto del possesso del convenuto bisogna che questi possegga cose ereditarie, indipendentemente se il defunto stesso le avesse avute nel suo patrimonio, o fossero entrate dopo nell'eredità, ovvero fossero state tennte semplicemente (m). In generale non si richiede che dal convenuto fossero possedute le cose appunto, purchè ne fosse posseduto il surrogato; onde un credito dell'eredità attribuitosi dal convenuto, il prezzo dell'eredità venduta può essere secondo questo principio validamente rivendicato per mezzo della *hereditatis petitio* (n); similmente può essere convenuto con quest'azione colui che come primo possessore acquistò azioni giuridiche rispetto alle cose ereditarie (o), e lo stesso de-

(i) L. 13. pr. §. 1. *Ulp.* Omnibus etism tituiis hic *pro possessore* haeret et qnasi ininnctus est. Denique et *pro emtore* tituio haeret; nam si a furioso emero seiens, pro possessore possideo. Item in tituio *pro donato* quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puts nxor vel maritus? Et placet nohis Iuliani seutentis, pro possessore possidere eum; et ideo petitione hereditatis tenehitur. Item *pro dote* tituius reeipit pro possessore possessionem, nt puta si s minore duodeeim snnis nupta mihi qussi dotem sciens aeeepi. Et si legatum mihi soiutum est ex faisa causa seienti, ntique pro possessore possideho. — L. 16. §. 4. h. t.

(k) L. 13. §. 3. h. t. *Ulp.* Neratius libro sexto Memhranarum scribit, ab herede peti hereditatem posse, etiamsi ignoret, pro herede vel pro possessore defunctum possedisse. Idem esse libro septimo ait, etismsi putavit heres eas res ex hac hereditate esse, quae sibi deiata est.

(l) L. 13. §. 13. 14. h. t. *Ulp.* Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qni corpus hereditarium possidet, sed et si nihii. Et videndnm, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatnr? Et Celsus libro quarto Digestorum scribit, ex dolo eum teneri; dolo enim facere eum, qui se affert petitioni. Quam sententism generaiiter Msrcelius apud Iulianum prohat, qui se sffert petitioni, quasi possideutem teneri. §. 14. Item si quis dolo feeerit, qnominus possideat, hereditatis petitione tenehitur.

(m) L. 19. §. 2. h. t. *Paul.* Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quihus possessor retentionem hahuit, non etism petitionem; veiuti si iuraverat defnnetus, petitoris rem non esse, et decesserit, debent hae quoque restitui. Imo et si possessor sna euipa eas smiserit, tenebitnr hoc nomine. Idemque erit in prsedone, licet hic propter culpam non teneatnr, quia nec hic dehet has res retinere.

(n) L. 16. §. 1. h. t. *Ulp.* Sed et is, qui pretia rerum hereditarisrum possidet, item qnis dehitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.

(o) L. 16. §. 4. 5. 7. h. t. *Ulp.* Idem Iuiianus scribit, si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem, vel singulas res prsestiterit, peti sh eo hereditatem posse; qnia habet con-

bitore, se nega la soddisfazione del debito, perchè crede essere egli il vero erede; ove se nega la detta soddisfazione perchè soltanto non riconosce la qualità di erede nell'attore, dev'essere convenuto non con l'*hereditatis petitio*, ma con l'azione nascente dal contratto (p).

L'*her. pet. partitaria* poi può essere esercitata anche contro il coerede che possiede la parte spettante all'attore disconoscendone la qualità di erede (q).

I mezzi di pruova di questa azione si possono ridurre ai seguenti. L'attore deve provare:

1) la morte del testatore, non potendosi ereditare da una persona vivente;

2) il suo diritto successorio, e per conseguenza è da osservare:

a) Se il suo diritto viene da testamento, l'attore deve provare l'istituzione dell'erede, e se questa è sottoposta ad una condizione, l'adempimento di essa. La pruova di un testamento nuncupativo si fa con la testimonianza dei testimoni presenti alla sua compilazione; di un testamento scritto o anche nuncupativo, ma steso in iscritto, con l'esibizione del documento, potendosene, in caso di dubbio, provare l'autenticità per mezzo de'testimoni o con altro mezzo di pruova (r). Se il documento si fosse perduto, o distrutto senza saputa o volontà del testatore, se ne può provare il contenuto mediante altri mezzi di pruova (s).

D'altra parte il convenuto dovrebbe provare per opporsi all'azione, la mancanza totale o la nullità del testamento (t).

dictionem earum, quae sunt ex ea causa solutae, et veluti iuris possessor est. Sed et si pretia rerum, quas distraxit, ex causa fideicommissi solvit, peti hereditatem ab eo posse, quia repetere potest. Sed his casibus actiones suas duntaxat eum praestiturum, quum et res extant, et potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare.

(p) L. 13. §. ult. L. 14. 15. 42. h. t. *Ulp.* Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo, quod neget, aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

(q) L. 1. §. 1. 4. si pars her. pet. (5. 4.). *Ulp.* Quinimo si duo possideant hereditatem, et duo sint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere contenti esse debent, puta primus a primo, vel secundus a secundo, sed ambo a primo, et ambo a secundo; neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo utriusque pro herede. Et si possessor et petitor possideant hereditatem, quum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi asserat, invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur, aut si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae experiri eos oportebit.

(r) L. 32. C. de fideicom. (6. 42.). — L. 4. 7. de test. quem. aper. (29. 3.).

(s) L. 2. 11. C. de test. (6. 23.). *Diocl.* et *Maxim.* Non idcirco minus iure factum testamentum suas obtinet vires, quod post mortem testatoris subtractum probatur. — L. 10. §. 2. de test. quem. aper. (29. 3.). — L. 1. §. 3. de his quae in testam. (28. 4.). — Confr. L. 1. §. 3. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

(t) L. 11. C. de prob. (4. 19.). *Diocl.* et *Maxim.* Si scriptum heredem ab amita tua vel testamenti vitio vel quacunque alia ratione non posse obtinere hereditatem, probari a te posse

b) Se l'attore invoca la successione *ab intestato*, deve dimostrare l'esistenza di quelle relazioni col defunto, per le quali egli può essere tenuto come un erede *ab intestato;* e se il convenuto potrebbe essere considerato anche come erede legittimo, l'attore deve dimostrare che appartiene ad un ordine di successori preferito. Dall'altra parte il convenuto a questo riguardo dovrebbe provare l'esistenza di un testamento, ovvero che l'attore è di un ordine al suo posposto.

3) In caso che l'attore propone la *hereditatis petitio* per una parte dell'eredità, deve provare la quantità della porzione (u): se questa è incerta, perchè, ad esempio, si aspetta la nascita di un postumo, la divisione viene ammessa come certa, determinandosi la porzione come se fosse nato veramente il postumo; e se è possibile la concorrenza di un postumo di diversa madre, l'*hereditatis petitio* può essere ancora proposta per una incerta porzione ereditaria (v).

4) Finalmente l'erede in caso di opposizione deve provare che il convenuto possiede *pro herede o pro possessore.*

Con l'azione dell'*hereditatis petitio* l'erede si propone lo scopo di essere conosciuto come erede universale in tutto o in parte, e di mettersi in possesso delle cose ereditarie, o di quella parte che spetta alla sua quota. Onde, vinta la lite, l'attore irrevocabilmente è riconosciuto quale erede, ed il reo è condannato alla restituzione delle cose dell'eredità in tutto o in parte. A questo riguardo è uopo osservare:

È regola generale, che il possessore di buona fede non deve ritrarre nessun vantaggio dalle cose possedute in pregiudizio del vero erede, ma non deve riceverne danni patrimoniali; onde è obbligato di restituire al vero erede solamente quello che accresce il suo patrimonio, ossia lo arricchisce per conseguenza del possesso dell'eredità. Il possessore di mala fede al contrario non solo non deve ritrar guadagno dal possesso dell'eredità, e restituire i lucri al vero erede, ma ancora rimborsare quanto l'e-

confidis, de hac hereditate apud rectorem provinciae agere potes.—Confr. L. 22. eod. (22. 3.).— L. 5. C. de codicill. (6. 36.).

(u) L. 2. si pars hered. (5. 4.). *Gai.* Si ex pluribus, ad quos eadem hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent, eos, qui adierint, si petant hereditatem, non maiorem partem petere debere, quam habituri essent ceteris adeuntibus; nec iis proderit, si ceteri non adierint. Non adeuntibus autem ceteris poterunt, tunc partes eorum petere si modo ad eos pertinerent.

(v) L. 1. §. 5. L. 2. 5. eod. *Ulp.* Interdum Praetor incertae partis hereditatis petitionem indulget idoneis causis intervenientibus; ut puta, est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnantes, quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est, quia, quot edantur fratrum defuncti filii, incertum est. Aequissimum igitur est, incertae partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicunque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi.

rede avrebbe conseguito, se non gli fosse stato fin dal principio per mala fede impedito il possesso dell'eredità (x). Dalla contestazione della lite in poi il possessore di buona fede risponde nella misura stessa che quello di mala fede, se non che non è tenuto, come questi sarebbe, per le conseguenze di un caso fortuito (y).

Volendo applicare queste massime alle fattispecie, consegue che:

1) Perciò che concerne la restituzione de'frutti, il possessore di buona fede è obbligato a restituire i frutti *extantes;* quanto ai frutti consumati e agli interessi del denaro, è obbligato a restituire ciò di cui si dimostra arricchito (z). Il possessore di mala fede al contrario deve restituire i frutti *percepti*, e rimborsare i *percipiendi* (aa); rispetto agl' inte-

(x) L. 20. §. 6. h. t. *Uip.* Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito, et de fructibus; de quibus quum forma Senatusconsulto sit data, optimum est ipsius Senatusconsulti interpretationem facere verbis eius relatis: *Pridie Idus Martias Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus, Titius Aufidius, Oenus Severianus Consules verba fecerunt de his, quae Imperator Caesar Traiani Parthici filius, divi Nervae nepos, Hadrianus Augustus Imperator maximusque Princeps proposuit quinto nonas Martias, quas proximas fuerunt, libello complexus esset, quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt: cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere, redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas. Idemque in similibus causis servandum. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere. Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent; eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris, vel edicto evocatus esset, censuerunt.* Aptanda est igitur nobis singulis verbis Senatusconsulti congruens interpretatio.

(y) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. L. 31. §. 3. h. t. *Uip. Si ante litem contestatam,* inquit, *fecerint;* hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quinimo post controversiam motam. Quamquam enim litis contestatae mentio fiat in Senatusconsulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur. Et hoc iure hodie utimur; coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur; qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur; hic est enim dolus praeteritus.

(z) L. 20. §. 6. L. 23. 30. h. t. *Paul.* Iulianus scribit, actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atqui secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit; quid enim, si pecuniam eligat actor, quae servari non potest? Dicendum itaque est in bonae fidei possessore, haec tantummodo eum praestare debere, id est vel sortem et usuras eius, si et eas percepit, vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris.

(aa) L. 25. §. 4. L. 40. §. 1. h. t. *Uip.* Sed et fructus, non quos perceperint, inquit, sed quos percipere debuerint, eos praestituros.

ressi risponde solamente per quelli *percepti* (bb); nello stesso tempo è obbligato ancora a pagare gl'interessi del danaro esistente presso lui e ritirato da un mutuo ad interesse, ed il prezzo delle cose vendute (cc).

2) Perciò che riguarda la perdita delle cose ereditarie, ovvero la deteriorazione del loro valore, il possessore di mala fede è tenuto non solo per ogni colpa, ma ancora pel caso fortuito (dd). Dall'altra parte il possessore di buona fede prima della contestazione della lite non è tenuto che per dolo, e dopo è obbligato per ogni colpa (ee).

3) In caso che il possessore dell'eredità avesse pagato i creditori ed i legatarii prima di essere introdotta l'*hereditatis petitio*, bisogna distinguere:

a) Se ha pagato i debiti della eredità il possessore di buona fede, è regola, che non ostante il pagamento l'erede non è liberato dall'obbligazione ed al possessore spetta la *condictio indebiti*. In questo caso il possessore dell'eredità può, restituendola, ritenere per sè quel tanto che gli rimborsi la somma pagata ai creditori, cedendo all'erede la sua *condictio indebiti;* se quest'azione non fosse ceduta, l'erede si oppone all'azione del creditore, che chiedesse novellamente la soddisfazione del credito con la *exceptio doli:* e con la stessa eccezione il creditore si oppone al possessore, il quale, quantunque avesse ritenuta la somma pagata, proponesse contro lui la *condictio indebiti* (ff).

Quando il possessore di buona fede abbia pagato i legatarii, e sia dopo convenuto con la *heredit. petit.*, s'egli non ha chiesto cauzione dal

(bb) L. 28. b. t. *Paul.* Post Senatusconsultum omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni, dicendum est. — Conf. L. 20. §. 14. eod.

(cc) L. 20. §. 12. L. 51. §. 1. h. t. *Papinian.* Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur. Diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxeruut. — L. 1. §. 1. C. h. t.—L. 1. C. de his. quib. ut ind. (6. 55.).

(dd) L. 31. §. 4. b. t. — Ved. not. segn.

(ee) L. 25. §. 11. L. 31. §. 3. L. 40. pr. b. t. *Ulp.* Sicut autem sumtum, quem fecit, deducit, ita si facere debuit, nec fecit, culpae huius reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est; tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem, postea vero et ipse praedo est. Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari et pauperiores fieri, et non eos convenit, quum actionem non habuerit.

(ff) L. 31. pr. h. t.—L. 19. §. 1. de condict. indeb. (12.6.).—L. 38. §. 2. de solut. (46.3.). *Ulp.* Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso iure non liberaverit petitorem hereditatis; nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. Et ideo Iulianus libro sexto Digestorum scribit, ita id imputaturum possessorem, si caverit, a se petitorem defensum iri. Sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit, quia in eo, quod solvit, non videtur locupletior factus, nisi forte habeat condictionem. Et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere; finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. Et videtur mihi Iulianus de solo praedone, ut caveat, sensisse, non etiam de bonae fidei possessore; condictionem tamen praestare debebit. Sed et petitor, si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit.

legatario, avrà solo un'azione per la restituzione; ma posto ch' egli non possa più giovarsene, p. e. il legatario è divenuto insolvente, per un Senatoconsulto di Adriano il possessore di buona fede potrà rimborsarsi con la ritenzione delle cose ereditarie cedendo la sua azione di restituzione all'erede.

b) Se al contrario pagò i creditori della eredità il possessore di mala fede, anche in questo caso il vero erede non è liberato, ma al possessore non spetta la *condictio indebiti*, perchè questi non pagò per errore, ma consapevole di non essere egli l'erede (gg). Da ciò nasce che l'erede attore allora solamente deve consentire al possessore di mala fede il rimborso di quello che pagò ai creditori della eredità, quando costui presti la cauzione *a se petitorem defensum iri* (hh); in virtù della quale cauzione, se il creditore novellamente chiede in giudizio la somma del credito dall'erede, deve il possessore di mala fede in qualità di procuratore *in rem suam* assumere la lite, ed opporsi all'azione del creditore da lui soddisfatto con l'*exceptio doli*, tanto se l'avesse soddisfatto dalle cose ereditarie, quanto se l'avesse soddisfatto *ex propriis* (ii). Se al contrario il possessore di mala fede pagò un debito putativo, l'erede non è tenuto a rimborsarlo, ma si lascia a tutto rischio e fortuna di lui ripetere l'indebito.

In caso che si fossero vendute le cose ereditarie dal possessore di buona fede, questi è tenuto alla restituzione del prezzo in quanto ne fu arricchito (kk). La vendita al contrario effettuata dal possessore di mala fede, se per necessità, dà diritto all' erede di chiedere la restituzione di tutto il prezzo ricavato; se senza necessità, gli dà diritto di chiedere non solo questa restituzione ma anche il rimborso di quel maggior prezzo che potrà determinarsi per mezzo del giuramento estimatorio; ovvero di chiedere la cosa stessa venduta dal compratore e da qualunque terzo che la possegga (ll).

(gg) L. 1. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.).

(hh) L. 31. pr. h. t. — Ved. not. (ff).

(ii) L. 75. de R. J. (50. 17.).

(kk) L. 22. 23. pr. 25. §. 11. h. t. *Paul.* Si et rem, et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eandem rem emerit, an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In praedone dicimus electionem esse debere actoris. An hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret — quod inverecundum sit tale desiderium, — an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id, quod amplius habet, ex pretio restituere debeat, videndum. Nam et in Oratione Divi Hadriani ita est: *Dispicite, Patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum.* Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est. — ved. not. (ee).

(ll) L. 20. §. 2. 12. 21. L. 33. §. 1. L. 36. §. 3. h. *Ulp.* Restituere autem pretia debebit

VI. Durante il giudizio dell'*hereditatis petitio* fu questione presso gli antichi giureconsulti romani se i creditori e i legatarii dovesse rivolgersi al *petitor*, o al possessore. Giustiniano la decise in questo modo:

1) I legatarii possono rivolgersi all' erede, il quale deve, assicurato da una cauzione, soddisfar loro i legati (mm). Se l' erede succombe, i legatarii per conseguenza della cauzione debbono restituire le somme ricevute col 3 °/₀ d' interesse, e le cose coi frutti (nn).

2) I creditori possono rivolgersi tanto all' erede quanto al possessore per la restituzione di un *genus* o di una quantità; ma per la restituzione di una cosa speciale devono rivolgersi al possessore. Se chi ha pagato è condannato nel giudizio ereditario, ha il diritto di ritenzione fino al rimborso, ovvero in alcuni casi l' *actio negot. gestor.* Se è il *petitor*, il giudice nella sentenza della *hered. petit.* provvede ch'egli venga rimborsato della somma pagata ai creditori, e in mancanza gli si concede l' *actio negotiorum gestorum*, o la *condictio ex lege* (oo).

possessor, etsi deperditac sunt res, vel deminutae. Sed ntrum ita demum restitnat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si qnidem res apnd emtorem extent, nec deperditae, nec deminntae snnt, sine dnbio ipsas res debet praestare maiae fidei possessor, aut si recipere eas ab emtore nullo modo possit, tantnm, quantnm in litem esset inratum. At ubi deperditae sunt et deminutae, vernm pretinm debet praestari, quia, si petitor rem consecutns esset, distraxisset, et verum pretinm rei.

(mm) L. ult. C. h. t. *Iustinian*. Qunm hereditatis petitionl locus fuerat, exceptio assumebatur, qoae tuebatur hereditatis petitionem, *ne fieret ei praeiudicium*. Magnitndo etenim et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis iofringi. Quumque mnltae varietates et controversiae veterum exortae sint, eas certo fine concludentes, sancimus, si qnis hereditatis petitionem vel susceperit, vel suscipere sperat, vel movere, alins antem snperveniens vel ex deposito, vel ex legato, vel ex fideicommisso, vel ex aliis causis inquietare vel reum vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarinm, si quidem pro legato vel fideicommisso hoc faciat, rem expeditae quaestionis esse, quum possit scriptus heres cautione interposita non differre hanc petitionem, sed recte exegi vel legatum vel fideicommissum sub ea cautela vel satisdatione, pro qualitate personarnm, qnod, si non obtinuerit eius iura, restituet legatarius vel fideicommissarius ei datam pecuniam cnm usuris ex qoarta centesimae parte currentibus, vel agrnm cum fructibus, quos percepit, vel domum cum *pensionibus*, scilicet in ntroqne eorum expensis antea necessariis et ntilibus de dnctis; vel, si ipse maiuerit litem quidem contestari, exspectare autem hereditatis petitionis eventnm, hoc ei liceat facere, ut restitutio, si competeret, cum legitimis augmentis legatario vel fideicommissario accedat.—conf. L. 48. §. 1. de legat. (31.).—L. 3. §. 6. seq. L. 4. 8. si cni plus quam per leg. Falc. (25. 3.). — L. 9. C. de legat. (6. 37.).

(nn) L. ult. C. cit. — ved. not. preced.

(oo) L. nlt. C. cit. §. 1. *Iustinian*. Sin autem ex contractibns defuncti agatur contra possessorem hereditatis vel eius rei, de qua agitur, si quidem res sint vel depositae, vel commodatae, vel pignori datae, vel aliae, quae exstant, non differri sub praetextu hereditatis petitionis memoratum iudicium, qnemadmodum si pro foenerata pecnnia vel alia personali actione agatur contra possessorem vel petitorem, non debet iudicinm differri, sed exitum suum accipere. Postquam enim hereditatis petitionis iudicium finem accipiat, tunc inter petitorem hereditatis et possessorem rationibus contractis non aliter possessor, si victus fuarit, hereditatem restituere

Se poi è il fisco che pretende l' eredità, l' azione del creditore ereditario è vietata fino a causa finita; nè questo privilegio fu abolito dalla legge di Giustiniano che decise solo dei casi prima controversi (pp).

3) Le manomissioni dirette e testamentarie restano in *suspenso* per un anno dalla morte del testatore; ma se dopo questo tempo il litigio non non cessa, gli schiavi diventano liberi (qq).

ANNOTAZIONE

(1) Rispetto alle parti di questa azione *Fabricius* presenta una nuova teoria e stabilisce come caratteristica della *hereditatis petitio* di poter essere proposta solamente contro colui, il quale s' impossessa di una eredità non ancora posseduta dal vero erede, *qui rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, possederit* (rr). Chiunque s' impossessa delle cose ereditarie ha convincimento o di esserne proprietario, o di non esserne; il primo è il caso del possesso *pro herede* cioè di buona fede, il secondo quello del possesso *pro possessore* ossia di malafede; nel secondo sarebbe indifferente il motivo che ha indotto al possesso delle cose ereditarie, poichè il solo convincimento di essere l'erede può farlo considerare di buona fede. Per la qual cosa l' *hereditatis petitio* non sarebbe ammessa: 1) quando il testatore durante la sua vita fosse uscito dal possesso delle cose che l' altro possiede; 2) quando un debitore della eredità non soddisfa la sua obbligazione, per la pretensione di essere erede; 3) quando lo stesso erede abbia perduto il possesso della cosa ereditaria, e finalmente 4) quando l'attuale possessore non si sia impossessato della cosa lontana dalla eredità per proprio volere, ma sia successore singolare dell'originario possessore. In tutti questi casi l'erede deve valersi delle azioni ordinarie (*rei vindicatio*, *actio publiciana*, interdetti possessori, o azioni personali); nei due primi casi delle medesime azioni, che spettavano al testatore durante la sua vita (ss).

Il concetto fondamentale di questa novella teoria è che l' *hereditatis petitio* sta quando manchi una azione propria, e poichè nei quattro casi summentovati sono possibili altre azioni, cessa l' *hereditatis petitio*.

Tutta questa dottrina non ha gran fondamento, e considerando profondamente

compellitur, nisi pro omnibus, quae rite ab eo gesta sunt, petitor ei satisfaciat. Quodsi petitor victus fuerit, simili modo a possessore iudicis officio ei satisfiat, vel, si hoc fuerit praetermissum, negotiorum gestorum vel ex lege condictione.

(pp) L. 35. de iur. fisci (49. 14.).

(qq) L. ult. cit. §. 2. *Iustinian.* Sin autem libertates vel a possessore vel a petitore fideicommissariae petantur, vel directae ipso iure dicantur competere, annale tantummodo spatium exspectetur a morte testatoris numerandum. Et si quidem hereditatis petitionis iudicium intra id spatium terminum accipiat, secundum eventum iudicii et libertates vel effectum habeant, vel evanescant. Sin autem tempus annale emanaverit, tunc libertatis favore et humanitatis intuitu competant quidem directae libertates, ex fideicommissariis autem in libertatem servi eripiantur, ita tamen, si non falsum testamentum approbetur; sub ea scilicet conditione, ut, si actores sint vel alias ratiociniis suppositi, etiam postquam perveniant in libertatem, necessitas eis imponatur res hereditarias et rationes reddere; iure patronatus videlicet competente ei, qui ex legibus ad id possit vocari.

(rr) *Gai.* Inst. II. §. 52.

(ss) *Fabricius*, osservazioni sulla teoria della B. P. nel Museo del Reno IV. pag. 165.

il carattere e lo scopo della *hereditatis petitio* si scorgerà facilmente che due dei quattro casi, che *Fabricius* esclude da questa azione, ossia il 1.° ed il 3.°, le appartengono perfettamente. Imperocchè partendo dal principio che la *hered. pet.* è una *hereditatis vindicatio*, ed ha lo scopo di far riconoscere il diritto ereditario rispetto a colui che nel fatto lo nega, è inconcepibile come non se ne possa far uso per quelle cose le quali sono uscite dal possesso durante la vita del testatore, ovvero per quelle che l' erede stesso abbia avuto prima nel suo possesso. Invece essendo possibile che il possesso di quelle cose stia in contraddizione del diritto dell' erede, non si può negare l'*hereditatis petitio:* si ponga il caso che un ladro avesse rubato qualche cosa al testatore, e dopo la morte di lui l' avesse restituita ad un erede putativo, perchè il vero erede non potrà estendere la sua *hered. pet.* anche a questa cosa, ma deve adoperare l' azione speciale? ovvero se il vero erede, dopo di essersi messo in possesso delle cose ereditarie, ne avesse dato parte ad un erede putativo, dopo di essersi ricreduto dall' errore, non potrebbe secondo quella teorica, proporre l' *hered. petit.* per la sola ragione, che le cose erano già state da lui possedute, ovechè in questo caso chi potrebbe senza preoccupazioni negargli l' azione medesima?

Nè l' autorità delle leggi è meno chiara contro la teoria del *Fabricius* riguardante sia l'uno che l'altro caso esclusi da quest'autore (tt). Il *Fabricius* malamente argomenta dal testo citato di Gaio, poichè sotto quelle parole s' intende solamente il possessore *pro herede*; e malamente dall' altro dello stesso Gaio IV. §. 144 e nel §. 3. Inst. de interd. (4. 15.), perchè le limitazioni ivi dettate si riferiscono all' interdetto *Quorum bonorum*, il quale essendo un interdetto *adipiscendae possessionis* suppone necessariamente, che le cose non fossero per l' innanzi possedute dall' erede (uu).

(2) Non è senza interesse in questa teoria di considerare più da vicino la relazione che vi è tra la *hereditatis petitio* e le singolari azioni nascenti dalla eredità. Messo il principio generale che tutte le relazioni giuridiche del defunto si trasmettono all' erede, nasce la conseguenza, che nel medesimo tempo tutte le azioni singolari si trasmettono con l' insieme del patrimonio, siano reali o personali. Quando però colui contro il quale si sperimenta una di queste azioni singolari è ancora il legittimo contraddittore dell' *hereditatis petitio*, ossia quando è per esempio possessore *pro herede o pro possessore*, egli può opporre contro ciascuna delle azioni particolari l'eccezione pregiudiziale *quod praeiudicium hereditati non fiat* (vv). Quantunque una tale eccezione pregiudiziale originasse dallo speciale ordinamento dei giudizii presso i Romani, in quanto che la petizione dell' eredità era di competenza del tribunale centumvirale e le azioni singolari non già, non mancano per essa delle ragioni intrinseche. Di vero quando l'attore propone il giudizio con una azione singolare prima di sperimentare la *hereditatis petitio*, la condizione del convenuto può peggiorarsi, essendochè gli obblighi nascenti dalle singolari azioni pel convenuto, sono differentissimi da quelli che nascono dalla *hereditatis petitio*. Sopra quest' argomento bisogna osservare che:

(tt) Ved. L. 14. §. 2. quod. met. caus. (4. 2). — L. 6. §. 5. L. 22. §. 1. de act. rer. amot. (25. 2.). — L. 29. L. 33. §. 1. de usurp. et usuc. (41. 3.). — L. 19. §. 1. L. 44. h. t.

(uu) Ved. *Arndts* del carattere e scopo della her. pet. pag. 1. — *Vangerow* Pand. §. 505.

(vv) *Gai.* IV. §. 133. L. 5. §. 2. h. t.

1) Dal momento che nasce il giudizio sulla *hered. petit.* cessa l' eccezione pregiudiziale, e propriamente della contestazione della lite. « Si post litem de heredi- « tate contestatam res singulae petantur, placet, non obstare exceptionem: *quod* « *praeiudicium hereditati non fiat*, futuri enim iudicii non facti nomine huiusmodi « exceptiones comparatae sunt ». Pare da questo passo di Giuliano che dopo contestata la lite sulla *her. pet.* l'erede propone senza opposizione da parte del convenuto le azioni singolari e manca lo scopo dell' eccezione, di evitare cioè un peggioramento di condizione nel convenuto. Alcuni hanno alterato il testo cancellando la parola *contestatam*, e sostituendovi *concertatam*; altri al contrario espongono il testo di Giuliano nel senso che quando la *maior causa* (*hered. pet.*) sia stata sperimentata fino alla *litis contestatio*, l' esercizio della *minor causa* non può essere sospeso da una simile *praescriptio*, ma naturalmente il magistrato non pronunzia la sentenza che dopo deciso il giudizio della *hered. petitio* (vv). Nè l' una nè l' altra di queste opinioni è soddisfacente; poichè non si deve conchiudere pel testo di Giuliano, che dopo la lite ereditaria contestata, l' attore possa senza opposizione da parte del convenuto esercitare le azioni singolari nascenti dalla eredità; ma bensì che dopo quel punto l'eccezione pregiudiziale, necessaria prima della contestazione della lite, sia resa inutile, essendochè il convenuto ha in suo potere altre eccezioni da opporre; in effetti egli potrà ostare all' azione singolare dell' attore con l' *exceptio rei in iudicium deductae* o con l' eccezione della lite pendente, giacchè con la petizione della eredità è stata proposta in giudizio ciascuna ragione ed azione nascente dalla successione (xx).

2) L' eccezione pregiudiziale è valida solamente contro quelle azioni che derivano da diritti esercitabili altresì con la *hered. petit.*; ma non potrà opporsi contro l' azione del *petitor*, che proponga un diritto, il quale sebbene abbia fondamento nelle ragioni ereditarie, pure è derivato all'attore dopo l'acquisto della successione; come ad esempio quando l'erede ha compiuto il tempo dell'usucapione impresa dall' antecessore, o quando una cosa ereditaria sia stata danneggiata o alienata dopo l' acquisto dell' eredità. Per contrario le ragioni che sono ricadute all' eredità giacente rientrano nella *hered. pet.*, onde avverso all' esercizio di esse è efficace l' eccezione pregiudiziale (yy).

3) L'eccezione pregiudiziale spetta alle volte anche al successore singolare del possessore seguendo questi criterii.

Se il possessore di mala fede vende l'eredità da lui posseduta, gli sono applicabili i principii della *ficta possessio* (§. 172 pag. 294); e poichè secondo questi la *rei vindicatio* è possibile contro il compratore anche quando l'*hered. petitio* sia proposta contro il possessore, che viene condannato a prestare una *litis aestimatio*; si comprende facilmente che anche prima della *hereditatis petitio*, il compratore conve-

(vv) In rapporto alla prima opinione ved. *Donelli* comm. iur. civ. XII. pag. 452. — *Nood* com. ad t. dig. de her. pet. (op. om. Lugd. 1724. tom. II. pag. 180; in rapporto all'altra opinione sono argom. L. 32. §. 10. de recept. (4. 8.). — L. 7. h. t. L. 24. §. 3. de lib. caus. (40. 12). — Confr. *Cuiac.* recitt. solemn. ad Cod. L. III. tit. 21. (op. om. IX. pag. 180).

(xx) L. 3. 7. §. 4. 6. de except. rei ind. (44. 2.). — L. 27. §. 8. de pact. (2. 14.). — L. 22. §. 8. rem. rat. hab. (46. 8.). confr. L. 18. §. 2. L. 19. 20. §. 4. h. t. — *Rosshirt* succ. testam. II. pag. 25.

(yy) L. 19. §. 1. L. 36. §. 2. h. t. L. 2. §. 1. expil. hered. (47. 19.). confr. L. 13. 16. 16. §. 3. L. 36. §. 2. h. t. L. 15. §. 1. L. 44. de serv. corr. (11. 3.). — L. 3. expil. hered. (47. 19.).

nuto nella *rei vindicatio* non potrà opporre l' eccezione pregiudiziale, dappoichè il possessore della eredità per mezzo di una tale azione intentata innanzi verso il vero possessore può essere liberato di prestare la *litis aestimatio*, e per conseguenza può migliorare la sua condizione.

Al contrario se le cose dell'eredità fossero state vendute dal possessore di buona fede è regola, che quando l'erede ha domandato il prezzo, qualunque sia, per mezzo della *hered. petitio*, la sua azione rivendicatoria contro il successore singolare può essere opposta con l'*exceptio doli*, ovvero può il venditore dichiarare di volersi sottoporre alla *hered. pet.* come se non fosse avvenuta la vendita. Indipendentemente da tutto ciò dipende dalla distinzione, se il successore potesse avere un regresso contro il suo *auctor* convenuto della *hered. pet.*, ovvero no; poichè mentre nell'ultimo caso la vindicazione può essere sperimentata, nel primo la vindicazione medesima può essere resa inutile per mezzo della eccezione pregiudiziale *quod preiudicium hereditati nec fiat inter emtorem et eum qui venumdabit*, se sperimentata prima della *hered. pet.*, ovvero anche dopo intentata la *hered. petitio* con la *exceptio doli*, e ciò per la regola che il possessore della eredità può essere condannato in quanto addivenne più ricco (zz).

4) Quando un debitore dell' eredità ha pagato il debito al possessore, allora solamente è liberato quando il possessore ha restituito il pagamento ricevuto al *petitor*, nel caso opposto non cessa di essere obbligato, epperò l'erede ha sempre contro lui l'azione nascente per contratto. È controverso, se in analogia del caso esposto nel num. 3, il debitore possa opporsi ad una simile azione con l'eccezione pregiudiziale. Parrebbe che sì a prima giunta, poichè il successore singolare ha qualche volta la facoltà di opporre quell'eccezione non in nome proprio, ma in nome e per interesse del possessore di buona fede. Ma bisogna osservare che in questo caso all'ultimo è indifferente di dover rimborsare il debitore mediante la *condictio indebiti*, o restituire all' erede il ricevuto pagamento mediante l' *hereditatis petitio*, giacchè in entrambi i casi è obbligato solo per quanto s'arricchì: onde fa d'uopo dichiararci contrarii alla pretesa analogia, e conchiudere che il debitore non potrà usare di quella eccezione pregiudiziale nemmeno in nome del possessore della eredità (aaa).

§. 278.

B. Dell' interdictum Quorum bonorum.

P. D. *Quorum bonorum* (43. 2.). C. h. t. (8. 2.).

A colui che conseguì la *bonorum possessio* concede il diritto romano un interdetto appellato *Quorum bonorum*, per cui mezzo ottiene appunto il possesso delle cose ereditarie; l' interdetto per conseguenza ha il carattere di *adipiscendae possessionis*.

(zz) L. 25. §. 19. h. t.

(aaa) V. *Dernburg*, della relazione della her. pet. con le altre azioni singolari, Heidelberga 1852. — *Vangerow*, Pand. §. 308. in contr. — *Fabricius*, o. c. pag. 190. — *Arndts*, o. c. pag. 230. — *Seuffert*, comp. §. 582.

1) È attore solamente chi per *agnitio* ha conseguito la *bonorum possessio* (a); ed anche l'erede quando anch' egli ne ha fatta *agnitio* (b).

2) È convenuto colui che possiede le cose ereditarie *pro herede* o *pro possessore*, ed a questo proposito per un Senatoconsulto di Adriano non giova contro l'interdetto neppure una l'usucapione *pro herede* compiuta (c). Oltre a ciò questo interdetto può essere prodotto contro coloro che dolosamente lasciarono di possedere.

La procedura di quest'azione provvisoria è sommaria.

L'attore deve provare che ha acquistata la *bonor. poss.*, se questa è decretale, ottenuta cioè con preventiva *causae cognitio*, la pruova è perfetta con esibizione del decreto che l'accorda, perfetta perchè si dimostra di esser stata la *bon. poss.* acquistata a tempo debito, e con giusto fondamento: giacchè l'attore per ottenerla ha dovuto presentare le *tabulae septem signis signatae* o dimostrare ch'è figlio del testatore ecc. (d). Altrimenti tutti questi fatti bisogna che si provino.

La sola eccezione utile contro questo interdetto è che il convenuto abbia acquistato un diritto più valido alla *bon. poss.*, poichè le eccezioni di un miglior diritto ereditario, o di essere proprietario delle cose possedute ecc. vengono perfettamente escluse; e colui che pretende uno di questi diritti, ossia il vero erede, il proprietario ec. deve promuovere la propria azione in un giudizio diffinitivo (e).

Lo scopo dell'interdetto *Quorum bonorum* è essenzialmente differente da quello della *hereditatis petitio*. Imperciocchè in quest'ultima azione lo scopo principale è quello di far riconoscere nell'attore il diritto di erede, ed è logica conseguenza che il convenuto sia condannato alla restituzione di tutto ciò che si trova presso di lui a causa del possesso dell'eredità; l'interdetto *Quorum bonorum* al contrario ha per unico scopo che l'attore conseguisca il possesso de'beni, onde il complesso di tutti i beni è l'obbietto di questo interdetto, senza che l'obbligo del convenuto che soccumbe sia universale come nella *hered. petitio*.

ANNOTAZIONE

La comune opinione ha stabilito che l'*interdictum Quorum bonorum* è un mezzo sommario di diritto, concesso dal Pretore al *bonorum possessor* nello scopo di metterlo nel possesso de'beni, ma che dopo si può promuovere l'*hereditatis petitio*,

(a) L. 1. pr. h. t. Gai. IV. §. 144. §. 3. Inst. de interd. (4. 15.).
(b) Gai. III. §. 34.
(c) L. 1. pr. h. t.
(d) L. 1. C. h. t.
(e) Conf. l. 3. C. h. t.

per cui vien deciso diffinitivamente del diritto ereditario. Contro questa opinione se n'è stabilita specialmente dal *Savigny* una novella la quale è conforme ai principii di questo autore sulla natura degl'interdetti, e si può esporre così. L'*interdictum Quorum bonorum* è un mezzo giuridico così diffinitivo pel *bonorum possessor*, come l'*hereditatis petitio* per l'erede. È vero che indi è stata introdotta una propria azione pel *bonorum poss.*, *hereditatis petitio possessoria*, ma la sua differenza dall'interdetto è solamente nel modo processuale; di fondamento e scopo entrambe le azioni sono perfettamente identiche (f). Questa novella teoria è stata mantenuta da pochi, e la comune opinione è anche oggi generalmente seguita. Indipendentemente dalla teoria del *Savigny* sul carattere degl'interdetti, perciò che concerne l'interdetto in esame, è utile fare le seguenti osservazioni:

1) L'*interdictum Quorum bonorum* non è diretto a far riconoscere il diritto di erede nell'attore, ma solamente a far conseguire il possesso delle cose ereditarie. Già vedemmo che in origine la *bonorum possessio* stessa non aveva altro carattere che di mezzo provvisorio per regolare il possesso, ed agevolare l'esercizio dell'azione petitoria (§. 217. App. XI.); onde l'*interdictum Quorum bonorum* non poteva essere appropriato che al conseguimento di tale possesso. Questa proprietà originaria gli si mantenne sempre, e i giureconsulti romani e lo stesso Giustiniano lo enumerano fra gl'interdetti *adipiscendae possessionis* (g). Essendo poi per massima tale la natura di tutti gl'interdetti che, senza far pregiudizio al diritto finale, ventilano unicamente una quistione di possesso, non dev'essere questa dottrina disconosciuta pel nostro interdetto, quando di più tutte e tre le specie d'interdetti sono messe sotto una comune idea, e v'è l'esempio di altri interdetti *adipiscendae possessionis* unicamente diretti allo stabilimento del possesso senza nulla decidere del diritto; *interdicta Salvianum, quod legatorum.* Infine le testimonianze di legge non danno all'*interdictum Quorum bonorum* altro potere che sul semplice possesso (h).

2) La teoria del *Savigny* è inconcepibile con le seguenti parole del cod. Teodosiano: « In interdicto quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne quod bene- « ficio celeritatis inventum est, subdatur iniuriis tarditatis (i) ». Non si saprebbe da vero spiegare con la teoria di quel giurista, perchè l'imperatore dica il nostro interdetto *beneficio celeritatis inventum*, e perchè da una sentenza che decide proprio del diritto ereditario non si ammetta appello alcuno; per contro le idee dell'imperatore sono pienamente giustificate quando si considera l'interdetto sotto l'aspetto che ne mantiene l'opinione comune. Quantunque il *Savigny*, quanto all'appellazione opponga i principii dell'*exceptio rei iudicatae*, le sue ragioni sono deboli, poichè, secondo si è detto in altro luogo, l'*exceptio rei iudicatae impera in eadem quaestione inter easdem personas* (§. 96. ann. 2.); ovechè posto che l'*inter. Quor. bon.* non giudica che di possesso, affermiamo con Paolo: « Si quis egerit de possessione, po- « stea in rem agere, non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto posses- « sio, in actione proprietas vertitur (k) ».

(f) *Savigny*, nel giornale per la scienza stor. del diritto V. 1. VI. 3. — *Fabricius*, Museo del Reno IV. pag. 204.
(g) §. 3. Inst. de interd. (4. 15.). — L. 2. §. 3. de interd. (43. 1.). — Gai. IV. 144.
(h) §. 3. Inst. cit. L. 1. §. 1. h. t.—L. 1. C. h. t.
(i) L. 22. C. Theod. quor. appell. (11. 36.).
(k) L. 14. §. 8. de except. rei iud. (44. 2.).

Secondo la comune opinione è concepibile ed è chiaro che presso l'*interdictum Quorum bonorum* esista anche un'azione (la *petitio hereditatis possessoria*). La quale azione non poteva nascere certamente, quando la *bon. poss.* era data al solo erede provvisorio; poichè in questo caso, o il *bon. possessor* era il vero erede, e non avea bisogno di una tale azione avendo la *hered. pet.*, ovvero l'eredità spettava altrui e il vero erede la rivendicava. Nacque quando la *bon.poss.*, mutando l'origine sua, addivenne una forma distinta di successione per chi non era vero erede per diritto civile, e quando fu avvisata la necessità di un mezzo giuridico per garantirgli la successione; tanto più che le azioni speciali fittizie non potevano a lui giovare, come le *directae* speciali non giovano al vero erede, nè poteva giovargli il solo interdetto *Quorum bonorum*, per cui mezzo il *bon. possessor* non poteva conseguire che il semplice possesso delle cose ereditarie. Per mezzo dell'azione petitoria solamente il *bonor. possessor* conseguiva lo scopo di essere conosciuto come erede, e veniva a rappresentare il defunto.

Seguendo la teoria del *Savigny* sull'*interdictum Quorum bonorum*, non si potrebbe spiegare a quale intento i Romani introdussero la *petitio hereditatis possessoria;* poichè tanto quest'ultima azione, quanto l'interdetto avrebbero medesima natura e medesimo scopo, la sola differenza starebbe nell'andamento processuale; onde lo stesso *Savigny* confessa che, se fin dal principio vi fosse stata l'*hereditatis petitio possessoria*, dell'*interdictum Quorum bonorum* non vi sarebbe stato mestieri: il che significa che l'uno o l'altro di questi mezzi è soverchio. Coloro i quali mantengono la teoria del *Savigny*, stretti dalle conseguenze della medesima, han negato l'esistenza dell'*hereditatis petitio possessoria* nel diritto anteriore, e l'addebitano a crasso errore di Giustiniano. Quando si giunge a tali argomenti si dimostra chiaramente la fallacia dell'opinione difesa (1).

§. 279.

C. Remedium ex leg. ult. de edicto D. Hadriani.

T. C. de edicto D. Hadriani toll. (6. 33.).

Quando vi è un testamento scritto senza vizii apparenti, l'erede istituito può domandare dal giudice il possesso dei beni che trovavansi presso del defunto al tempo della sua morte, purchè altri non esibisca contro un altro testamento senza vizii visibili e più antico, capace quindi di dargli a preferenza il possesso de' beni.

Inoltre può contrastare questa domanda colui che possiede legittimamente, o che possiede *titulo singulari* le cose domandate dall'erede testamentario.

Il convenuto può usare l'eccezione di prescrizione, essendo propriamente l'antico beneficio *ex edicto Hadriani* circoscritto allo spazio di un

(1) *Fabricius*, Museo del Reno IV. pag. 178.—*Lo stesso*, Origine e svolgimento della *bon. poss.* pag. 200. — confr. *Rosshirt*, succ. test. II. pag. 47.

anno; invece del qual tempo Giustiniano determinò la prescrizione comune, cioè l'usucapione e la prescrizione dell'azione.

Le altre eccezioni: cioè che il testatore non avesse la *testamenti factio*, che il testamento fosse nullo, o inofficioso non potrebbero essere adoperate con efficacia in questo luogo, ma spettano al giudizio definitivo di eredità.

Tutte queste regole sono pel caso che vi sia contraddittore; altrimenti il possesso è dato immediatamente, e la sentenza del giudice è inappellabile (a).

§. 280.

D. Della bonorum possessio furiosi nomine.

T. D. de bon. poss. furioso, infanti, muto, surdo, coeco competente (37. 3.). — C. de curatore furiosi vel prodigi (5. 70.). — *Rotemmund*, de successione furioso delata, Gott. 1825.

Quando un furioso è chiamato all'eredità, se è *suus heres*, acquista, s'intende, l'eredità *ipso iure*, ma se non è erede necessario e manca di coloro che possono acquistare per lui, come il padre ed il tutore, si concede al curatore il possesso e l'amministrazione de' beni ereditarii in nome del furioso, come se questi li avesse acquistati (a). Se poi il mentecatto rinsavisce potrà per dichiarazione di volontà acquistare l'eredità davvero (b): ma se la ripudia, o muore nella demenza, essa sarà devoluta a coloro che avrebbero ereditato se non vi fosse stato il furioso, ossia ai sostituti, ai coeredi, o a quegli eredi *ab intestato* che al tempo della morte del demente o della sua rinuncia sono i più prossimi eredi del defunto (c). In questo caso debbono essere restituiti i frutti percetti che hanno aumentato il patrimonio del demente, e se qualche cosa fosse stata alienata necessariamente, ne è dovuto il rimborso a colui al quale si devolve l'eredità, sol quando il furioso al tempo della vendita avesse avuto altro pel suo sostentamento (d).

Se il curatore omette di domandare il possesso dei beni, la domanda ne può esser fatta dal più prossimo erede del furioso, mediante cauzione pel caso di una futura restituzione ad eredi diversi (e).

(a) L. ult. c. t. (6. 33.). — L. 7. pr. de appell. (49. 5.). — L. 6. C. quor. appell. non recip. (7. 65.). — Paul. rec. sent. III. 5. 14. 16.

(a) L. 7. C. h. t.

(b) L. 7. §. 7. C. h. t.

(c) L. 7. §. 8. C. h. t.

(d) L. 51. pr. de her. pet. (5. 3.).

(e) L. 7. §. 8. C. h. t.

§. 281.

E. Missio in possessionem ventris nomine.

TT. D. de ventre in possessione mittendo (37. 9.). — Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem dolo malo ad alium traslata esse dicatur (25. 5.). — Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur (25. 6.).

Quando l'erede istituito o legittimo non è ancora nato, la madre incinta (*venter*) può domandare a nome del nascituro il possesso dei beni, che gli ricadranno alla nascita. Se l'erede futuro è un *suus* o appartiene a coloro che possono avere il possesso de'beni *ex edicto unde liberi*, la vedova incinta riceve il possesso immediatamente e sempre ne tira gli alimenti; in ogni altro caso ottiene il possesso, quando non si può mantenere in altro modo (a).

Se non v'ha chi contrasta, manca il bisogno d'una inchiesta; ma questa *bon. poss.* dev'essere preceduta dalla *causae cognitio* sempre quando si contraddice di esservi gravidanza o diritto di succedere nel nascituro, ovvero di essere stata notificata nel tempo legale (b).

Se gli eredi sono più, tutti vengono messi in possesso dell'eredità; in ogni caso al nascituro si dà un curatore il quale amministra le cose ereditarie *ventris nomine*, fornendo la vedova degli alimenti, i quali devono essere restituiti se la gravidanza è simulata (c).

Questo possesso provvisorio termina, quando nasce il postumo, o abortisce il parto, o s'avvera la simulazione della gravidanza: quando la vedova è convinta di aver simulato per frode, non è solo obbligata a restituire gli alimenti, ma addiviene per dippiù infame.

§. 282.

F. Del possesso de' beni ex edicto Carboniano.

P. D. de Carbon. edicto (37. 10.). — C. h. t. (6. 17.).

Quando ad un impubere si contrasta la capacità di succedere al padre o all'avo paterno, purchè lo stato e la capacità di figlio abbia almeno qualche apparenza di fondamento, l'impubere può chiedere che la questione

(a) L. 1. §. 2. 11. L. 6. 7. 10. h. t. (37. 9.).

(b) L. 1. §. 14. 15. L. 7. §. 1. h. t. (37. 9.). — L. 8. §. 3. Carb. edicto (37. 10.). — Confr. T. D. de ispiciend. ventre (25. 4.).

(c) L. 1. §. 17. 19. 21. 22. 26. 28. L. 3. 5. pr. §. 1. L. 7. §. 2. L. 9. h. t. (37. 9.). — L. 121. de legat. (30.). — Confr. tt. D. cit. (25. 5.), (25. 6.).

sullo stato e la capacità sia rimandata al tempo della sua pubertà, e nel frattempo sia egli immesso nel possesso de' beni e ne usufrutti gli alimenti (a).

Se l'impubere presta una cauzione reale il suo tutore prende l'amministrazione dei beni, o la prende l'avversario se offr'egli la cauzione: è scelto uno speciale curatore, se nessuno dei due dà cauzione (b).

Chi ha prestato la cauzione, nel futuro giudizio ha la parte di convenuto (c).

L'impubere non è obbligato di restituire gli alimenti anche quando fosse perditore nella lite (d).

I coeredi dell'impubere ricevono il possesso de' beni insieme con lui (e).

§. 283.

V. Della perdita della eredità.

L'eredità già acquistata si può perdere nei seguenti casi:

1) coll'avvenimento di una condizione risolutiva, o del *dies ad quem* in un testamento militare; nei quali casi l'eredità è altrui devoluta (a);

2) con la rescissione del testamento, in forza del quale l'eredità fu acquistata (b);

3) con la restituzione in intiero dell'erede che rinunciò, acquistando novellamente l'eredità chi l'avea ripudiata (c);

4) con la pena dell'indegnità (§. 314.).

(a) L. 1. pr. §. 10. L. 3. §. 2. 3. 5. 7. L. 6. §. 3. L. 7. pr. §. 1. L. 11. fin. h. t.
(b) L. 3. pr. §. 1. 2. 5. L. 5. §. 2. 5. L. 15. eod. L. 1. C. h. t.
(c) L. 6. §. 6. h. t.
(d) L. 5. §. 3. eod.
(e) L. 5. pr. eod.
(a) L. 15. §. 4. L. 41. pr. de test. mil. (29. 1.). — Confr. L. 19. §. 2. eod.
(b) L. 21. §. 2. de inoff. test. (5. 2.).
(c) L. 1. 2. C. si omiss. hered. (2. 40.). — L. 2. C. si min. ad hered. (2. 39.).

CAPITOLO IV.

DEI LEGATI, FEDECOMMESSI UNIVERSALI, E DELLE DONAZIONI MORTIS CAUSA.

T. Inst. de legatis (2. 20.). — TT. D. h. t. (30. 31. 32.).—C. De legatis (6. 37.).— De fideicommissis (6. 42.) — Communia de legatis et fideicommissis (6. 43.). — *Donelli*, comm. iur. civ. lib. VIII. — *Westphal*, esposizione ermeneutica dommatica dei legati e fedecommessi Lips. 1791. — *Rosshirt*, della teoria dei legati secondo il diritto romano, Heidelberga 1835.

SEZIONE I.

Dei legati e fedecommessi singolari.

§. 284.

I. Dei subbietti dei legati e fedecommessi singolari.

Affinchè il legato sia valido fa mestieri del concorso di tre persone: il testatore, l'erede ed il legatario.

È regola generale che chi è capace d'istituire un erede può nel medesimo tempo nominare un legatario, di guisa che tutte le limitazioni additate per la capacità d'istituire eredi (§. 218.) valgono ancora rispetto ai legati.

II. Quanto alla persona a cui peso deve stare il legato per regola antica era chiunque dalla successione ritraesse alcun vantaggio e direttamente; di guisa che nè il padrone del servo istituito erede, nè il padre del figlio di famiglia che ereditava potevano essere gravati di un legato (a). Questa regola non s'applicava ai fedecommessi ne'quali erano efficacemente gravati di un legato il padrone e il padrefamiglia, ancorchè non ereditassero direttamente (b): questa specialità dei fedecommessi divenne la regola generale poscia che i legati furono equiparati ai fedecommessi (c). Onde nel diritto giustinianeo il padre può essere gravato di un legato quando è istituito erede il figlio ch'è in sua potestà, giacchè egli lucra un usufrutto, il cui valore non può essere sorpassato dal legato.

(a) *Ulp.* Frag. XXIV. 21.
(b) *Ulp.* XXV. 10.
(c) Intorno alla leg. 11. de legatis (30.). — Ved. *Cuiac.* in lib. IV. quest. pap. ad L. 11. (op. omn. IV. 220.) recett. solemn. in lib. XXX. D. ad leg. 11. (op. omn. VII. pag. 978.). — *Merende*, contr. iur. lib. 8. c. 3. — *Donell*, comm. iur. civ. lib. VIII. c. 10. — *Accursius*, ad. h. t. — *Vangerow*, Pand. §. 521. pag. 470.

2) Sono validamente addossati i legati al sostituto pupillare, ricordando il principio, che il sostituto pupillare si rappresenta come un *secundus heres* del padre (§. 241.); onde questi lo grava di legati sull'eredità che gli trasmette (*legavit pater de suo* (d)), non altrimenti che se istituito l'avesse in *primis tabulis sub conditione*. Si noti che in simiglianti legati il *dies cedens* non segue al punto della morte dell'istituito, ma già alla morte del padre; e che se il padre avesse legato la medesima cosa a Tizio nel suo testamento, ed a Caio in *secundis tabulis*, i due legatarii sarebbero congiunti *re*, e tra loro si darebbe luogo al diritto di accrescimento (e).

3) Il contenuto ed il complesso del legato commesso al sostituto pupillare è regolato così:

a) Istituito erede il pupillo, il sostituto sarà con efficacia gravato di legati, ma non oltre il valsente dell'eredità computata alla morte e sottratta la quarta Falcidia (f).

b) Con la medesima limitazione può il sostituto essere gravato di un legato quando, diseredato l'impubere, egli è istituito nel testamento paterno (g).

c) Se al contrario l'impubere è diseredato e il sostituto non è istituito nel testamento paterno, i legati commessi al sostituto sono per regola nulli (h).

(d) L. 11. §. 5. ed. L. Falc. (35. 2.).

(e) L. 1. 7. §. 4. 5., quando dies leg. (36. 2.). — L. 41. §. 6. de vuig. et pupill. subst. (28. 6.). *Papinian.* Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabuiis relieta perinde praestabit, ac si pure partem, et sub conditione partem aiteram accepisset. Non idem servabitur alio substituto, nam ille Falcidiae rationem induceret, quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus, tametsi maxime coheres filio datus quadrantem integrum obtiueret; nam et quum iegatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabuiis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrit. — L. 34. §. 10. de leg. (30.).

(f) L. 11. §. 5. 6. 7. L. 79. 80. 87. §. 7. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 1. §. 3. si cui plus quam leg. Falc. (35. 3.). *Scaev.* Marceilus ait: qui quadriugenta in bonis babebat, impuberem filium heredem instituit, eique substituit Titium et Seium; si nihil a pupillo testator iegavit, sed a Titio treeenta, utrum ducenta, inquit, praestabuntur, an centum quinquaginta? nam treceuta nullo modo eum praestare. Mihi videtur verius, non ampiius eum parte sua erogare compelli, certe nec minus; secundum quod eveniret, ut non soli committatur stipulatio; sed omnibus heredibus interponenda est. Sed causa cognita Falcidiam iocum babere, et legatorum modus facit, et aeris alieni onus.

(g) L. 10. 11. §. 8. ad leg. Falc. (35. 2.). *Papinian.* Si quis exheredato filio substituit heredem institutum, et ab eo tabulis quoque secundis iegaverit, necessario ratio confundetur, quum ideo legata vaiere dixerit Iulianus a substituto relicta, quod idem patri heres extiterit. — Confr. L. 94. de legatis (30.).

(h) L. 87. §. 7. ad ieg. Faic. (35. 2.). — L. 126. pr. de legat. (30.). — L. 41. §. 3. de test. mil. (29. 1.). — L. 24. C. de legat. (6. 37.). *Iustinian.* Quum quidam suum filiumfamiiias impuberem exheredatum fecit, aliis heredibus scriptis, eidem autem pupiiio aiium substitutum reliquit, maximam scilicet ostendens ad filium suum affectionem, cui nihil quidem emolumenti

Questi principii stabiliti pel sostituto valgono ancora per gli eredi *ab intestato* del pupillo (i).

Allorchè più eredi sono gravati di un legato, dipende dalla volontà del testatore se essi devono risponderne a parti uguali, ovvero secondo le quote ereditarie. Se dubbia è la volontà del testatore si segnano tre casi.

a) Se a più eredi con frase generale e senza ricordare i loro nomi è imposto il legato, sono tenuti tutti verso il legatario in proporzione della quota ereditaria l'uno indipendentemente dall'altro (k), eccetto se l'obbietto del legato è indivisibile, poichè l'indivisibilità porta l'obbligo ad ognuno dell'intiero (l).

b) Se poi il legato è stato imposto a più eredi nominandoli specificatamente, essi sono tenuti a porzioni eguali (m).

c) Finalmente se fu imposto il legato a tutti gli eredi escludendone alcuni determinati a nome, allora tutti, eccetto gli esclusi, sono tenuti in proporzione della quota ereditaria (n).

reliquit, sed post exheredationis iniuriam etiam substitutionem el addidit, et a substituto legatum reliquit, quaerebatur, si huiusmodi legatum vel fideicommissum potest valere. Sed et si legatum eidem exheredato filio pater reliquerit, et substituerit ei exheredato facto aliquem extraneum, iterum certabatur, si saltem per eundem modum fideicommissum potest relinquere. Quum igitur antiquitas quidem hoc diverse tractare maluit, nobis autem huiusmodi iurgia supervacua esse videntur, sancimus, nullo legato, nullo fideicommisso huiusmodi substitutum, qui exheredato pupillo datus est, praegravari, nec si ipsam rem, quam pupillo legavit, a substituto eius vel legare vel fideicommittere voluit.

(i) L. 92. §. 2. L. 93. 94. pr. L. 126. pr. de legat. (30.). — Ved. not. prec.

(k) L. 33. pr. 44. pr. de legat. (31.). *Modest.* Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit, nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet. — Confr. L. 83. §. 3. de legat. (30.).

(l) L. 11. §. 23. 24. de legat. (32.). *Ulp.* Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri, Divus Marcus et Lucius Verus Proculae rescripserunt; tempus tamen coheredi praestituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solam Proculam voluerunt facere, imputaturam coheredi sumtum pro parte eius. Ergo et in statua, et in servitute ceterisque, quae divisionem non recipiunt, idem Divus Marcus rescripsit. — L. 7. de servit. legat. (33. 3.). — L. 80. §. 1. ad L. Falc. cit. (35. 2.).

(m) L. 124. de legat. (30.). *Nerat.* Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. — Confr. L. 54. §. 2. eod.

(n) L. 17. de duob. reis (45. 2). — L. 104. pr. de legat. (30.). *Iulian.* Ab omnibus heredibus legatum ita erat: *quisquis mihi heres erit, damnas esto Titio dare centum*, deinde infra comprehensum erat, ne unus ex heredibus ei daret; quaeritur, reliqui heredes utrum tota centum dare deberent, an deducta unius illius hereditaria portione. Respondit, verius esse, reliquos heredes tota centum debere, quum et significatio verborum non repugnet huic sententiae, et voluntas testatoris congruat. — Confr. L. 81. §. 4. eod. Sulla contraddizione de' testi a questo proposito ved. *Cuiac.* recitt. solemn. (op. om.). VIII. pag. 1139. — *Gordonius*, practermissa iur. civ. (Ott. thes. II. pag. 841.). — *Scip. Gentilis*, de iure accrescendi (op. omn.). I. pag. 181. — *Dabis*, giorn. di Giessen. (nuova sen.). I. pag. 406. — *Rosshirt*, legati I. pag. 238. — *Vangerow*, Pand. §. 521. — *Arndts*, lexicon giurid. VI. pag. 284.

III. È legatario colui al quale il testatore, per causa di favore, lascia, dà una parte determinata del suo patrimonio, il che non avviene altrimenti che diminuendo il benefizio dell'erede (o).

La persona del legatario dev'essere capace a succedere, e determinata nominativamente come quella dell'erede; si può dare a più legatarii un legato in comune o alternativamente, in quest'ultimo caso essi sono da reputare come creditori correali, nel primo come semplicemente collegatarii (p).

§. 285.

1) Del prelegato.

Pfeifer, de praelegatis Marb. 1798. — *De Pforten*, de praelegatis, Erl. 1832. — *Rosshirt*, dei legati I. pag. 250. — *De Buchholz*, della teoria de' prelegati, Jena 1850. — *Vangerow*, dissert. nell'arch. di pr. civ. XXXV. pag. 260.

Quando nel testamento un solo è l'erede, sarebbe vano ed impossibile di lasciare a lui stesso un legato; ma se vi sono altri coeredi, gli si può determinare a preferenza un legato imponendolo ad uno de' coeredi: la quale disposizione del testatore avrà il carattere e la forma di un semplice legato, con la singolarità, che l'erede in cui favore è stabilito, potrà esercitarne il diritto con la stessa *actio familiae erciscundae*. Se al contrario il testatore non l'impose ad uno dei coeredi, ma o nominatamente a tutti, ovvero tacendo a chi è imposto, allora dicesi propriamente prelegato, e va soggetto alle seguenti regole speciali:

Innanzi tutto, nel caso che il testatore abbia taciuta la persona gravata, poichè il prelegato va a carico di tutta l'eredità, è chiaro che anche il prelegatario, in proporzione della sua quota ereditaria, dovrà contribuirne alla soddisfazione: sol che stando la massima *heredi a semetipso inutiliter legatur*, la parte, che il prelegatario deve a sè stesso, è nulla (a). Questo punto rischiara molte relazioni del prelegatario coi coeredi e con altri prelegatarii e legatarii.

(o) L. 11. §. 20-22. de legat. (32.). — L. 49. §. 4-6. L. 69. §. 2. h. t. (30.).

(p) §. 29. Inst. de leg. (2. 20.). — L. 54. de legat. (30.). — L. 4. de reb. dub. (34. 5.). — L. 16. de legat. (31.).

(a) L. 18. 34. §. 11. L. 116. §. 1. de legat. (30.). *Florent*. Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a te coherede potest. itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario, duobus extraneis concurrentibus, non amplius tertia parte; extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem, et ab alio herede trientem vindicabunt. — L. 34. §. 1. de legat. (31.). — L. 18. §. 2. de his, quae ut ind. (34. 9.). — *Gai*. Inst. II. §. 245. — *Ulp*. Fragm. XXIV. 22. — Fragm. Vat. §. 88.

I. Quando l'erede prelegatario acquista l'eredità, fa mestieri distinguere, se è solo nel prelegato o se vi sono altri prelegatarii:

1) Se il prelegatario è solo nel prelegato, le leggi stabiliscono che quella parte del prelegato, nulla secondo il principio anzi esposto, rimane presso lui, non come legato ossia *titulo singulari*, ma come eredità, *titulo universali* (b). Da questa regola, che il prelegatario rispetto alla parte contribuita dai coeredi vale come legatario, e come erede rispetto a quella ch'egli dovrebbe contribuire a sè stesso, deriva che:

a) L'erede deve computare la parte del prelegato che dovrebbe a se stesso nel fissare la quarta Falcidia o Trebellianica, ovechè non può essere costretto a tener conto delle altre parti, *supra quartam habet* (c).

b) Quando al prelegatario è imposta la restituzione della sua porzione ereditaria, è obbligato a restituire anche la porzione del prelegato ch'egli dovrebbe a sè stesso (d); quandochè se all'erede prelegatario è imposto di restituire tutto quanto gli viene dall'eredità, entra nel fedecommesso l'intero prelegato, come pure se il testatore espressamente gli abbia imposto di restituire anche il prelegato (e).

2) Se al contrario vi sono altri collegatarii *coniuncti*, non si può dire che la parte che il prelegatario dovrebbe dare a se stesso rimanga *titulo universali* presso lui; ma piuttosto secondo la regola generale bisogna convenire che la parte del prelegato inefficace si accresce alla porzione degli altri collegatarii (f).

(b) L. 18. §. 2. de his quae ut ind. (34. 9.). — L. 74. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 1. §. 6. quod legat. (43. 3.). — Confr. L. 76. §. 1. ad leg. Falc. (35. 2.). *Gai.* Qua ratione placuit, legata, quae legatarii non capiunt, quum apud heredes subsederint, hereditario iure apud eos remanere intelligi, et ideo quadranti imputanda; nec quidquam interesse, utrum statim ab initio legatum non sit, an, quod legatum est, remanserit.

(c) L. 74. 86. 91. ad leg. Falc. (35. 2.). *Marcian.* In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit; nam hae in quartam non imputantur. — L. 24. C. fam. ercisc.

(d) L. 18. §. 3. ad SC. Trebell. (36. 1.). *Ulp.* Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit; ceterum quod a semet ipso ei relictum est, in fideicommissum cadit; et id Divus Marcus decrevit. — L. 86. ad leg. Falc. (35. 2.). — Ved. Glossa ad auc. leg. — *Cuiac.* in L. XL. Iul. ad leg. 86. cit. (opp. VI. p. 278.).

(e) L. 3. §. 4. ad SC. Trebell. (36. 1.). *Ulp.* Quidam liberis suis ex disparibus partibus institutis, datis praeceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset, rogavit eum, qui sine liberis decederet, portionem suam fratribus restituere. Imperator noster rescripsit, praeceptiones quoque fideicommisso contineri, quia non portionem hereditariam testator commemoravit, sed simpliciter portionem, in portionem autem et praeceptiones videri cecidisse. — L. 16. C. de fideicom. (6. 42.). — L. 38. §. 8. L. 39. §. 2. de leg. (32.). — L. 31. §. 1. de adm. (34. 4.).

(f) Ved. L. 34. §. 11. 12. L. 116. §. 1. de legat. (30.). — Ved. *Vangerow*, arch. XXXV.

II. Quando l'erede prelegatario non acquista l'eredità, le leggi distinguono il caso del ripudio da quello della morte antecedente all'azione.

1) Nel primo caso egli lucra tutto il prelegato, anche quella parte la quale, se fosse stato erede, avrebbe dovuto a sè stesso (g); eccetto quando il prelegato fu lasciato a patto di accettare l'eredità (h).

2) Quando al contrario il prelegatario morisse prima di entrare nell'eredità, ma dopo il *dies cedens* del prelegato, questo ricadrà agli eredi del prelegatario solo per le parti imposte sulle porzioni degli altri coeredi (i).

III. Quando il prelegatario acquista l'eredità, ma alla fine non lucra niente, come quando la quota ereditaria gli vien tolta per indegnità, o quando si astiene come *suus* dall'eredità paterna, o quando contro l'acquisto un erede estraneo si fa restituire in intiero, egli ha diritto a tutto il prelegato (k),

Infine è una conseguenza di questi principii che quando una cosa medesima sia legata a tutti i coeredi, questi l'acquistano come eredi in proporzione della loro quota ereditaria e non come prelegatarii (l).

pag. 289. Pand. §. 223. pag. 493. — *Buchotz*, op. c. pag. 371. — *Claussen*, giorn. giur. del Schlesvig. Holstein, pag. 186.

(g) L. 17. §. 2. L. 18. 91. §. 2. de leg. (30.). *Ulp.* Si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio iudicis familiae erciscundae, manifestum est; sed etsi abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse, constat.

(h) L. 88. de leg. (30.). *Marcian.* Sed si non aliaa voluit pater habere eum legatum, nisi hereditatem retineat, tunc neque adversus coheredem dandam ei legati petitionem secundum *Aristonis* sententiam constat, quum ipsi filio non videretur esse solvendo hereditas; et hoc ita est, licet non conditionaliter expressisset, intellexisse tamen manifestissime approbetur. — L. 92. pr. h. t. (32.). — L. 20. pr. de istr. leg. (33. 7.).

(i) L. 75. §. 1. de legat. (31.). *Ulp.* Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem vita decessit; partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti.

(k) L. 12. fin. 18. §. 2. de his quae ut ind. (34. 9.). — L. 87. 89. de leg. (30.). *Iulian.* Digestorum nam nec emancipatus hereditate omissa legatum ab herede petere prohibetur; Praetor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna, manifestum facit, ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent.

(l) L. 34. §. 12. de legat. (30.). *Ulp.* Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

§. 286.

II. Delle forme per l' istituzione de' legati, e de' codicilli in particolare.

T. Inst. de codicillis (2. 25.). — D. de iur. codicillorum (29. 7.). — C. de codicillis (6. 36.).

Il legato può essere lasciato tanto in un testamento quanto in un altro atto di ultima volontà, cui manca l' istituzione dell' erede, e che propriamente si nomina codicillo.

Differisce il codicillo dal testamento, poichè ove di questo è segnale la istituzione di un erede, o una diseredazione, al contrario il codicillo nulla dispone dell' universale successione, sicchè non è possibile scrivervi nè l' istituzione nè la diseredazione di un erede: *codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest* (a). Da tutto ciò segue che ad una istituzione pura fatta nel testamento non si potrà apporre una condizione per codicillo; che non si potrà fare una sostituzione nè convalidare per codicillo un'invalida istituzione (b). Nondimeno la conferma di una non valida istituzione, e la sostituzione pupillare fatta per codicillo in forza di una *benigna interpretatio* vale come fedecommesso; similmente la nomina di un erede per codicillo è valida, quando il testatore se ne riserbava il diritto nel testamento (c).

La dichiarazione fatta dal testatore in un codicillo che l'erede istituito nel testamento sia indegno, importa che la porzione di quell'erede è devoluta al fisco (d).

1) I codicilli si dividono nella seguente maniera:

(a) §. 2. Inst. h. t.—L. 10. h. t. *Papinian.* Quod per manus traditum est, codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur. — L. 76. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 14. C. de test. (6. 23.). 2. 7. C. h. t. — L. 5. §. 1. C. de nec. serv. (6. 27.).

(b) L. 2. §. 4. L. 6. pr. h. t. *Marcian.* Divi Severus et Antoninus rescripserunt, nihil egisse matrem, quae, quum pure liberos suos heredes instituerit, conditionem emancipationis codicillis adiecit, quia neque conditionem heredi instituto codicillis adiicere, neque substituere directo potest. — L. 7. C. h. t.

(c) L. 2. §. 4. cit. *Iulian.* Hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari, sed ex fideicommisso petitur salva ratione legis Falcidiae. — L. 76. ad SC. Treb. (36. 1.). — L. 77. de hered. inst. (28. 5.). — L. 10. pr. de cond. instit. (28. 7.).

(d) L. 4. C. de his quib. ut indign. (6. 35.). *Alexand.* Hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus declaraverat, merito eius portio, non iure ad alium translata, fisco vindicata est. Libertates autem in eadem epistola datae peti poterunt.

a) Essi sono testamentarii quando vengono fatti nel testamento; può anche soltanto il testatore confermarli nel testamento ed allora essi si dicono *confirmati*, sia che la conferma riguardi codicilli già fatti, sia che riguardi codicilli da fare. Il carattere precipuo de' codicilli testamentarii è ch'essi si reputano come un accessorio del testamento, e ne seguono la sorte (e). Quindi le disposizioni prese in un codicillo testamentario valgono come fatte nel medesimo testamento (f).

b) Al contrario sono codicilli *ab intestato* quando non vi sia testamento; hanno una esistenza propria e stanno invece del testamento (g).

3) Quanto a forma i codicilli sono publici o privati: i publici non hanno bisogno di formalità come i testamenti di questo genere; i privati richiedono per la loro validità cinque testimoni idonei, fra i quali si possono annoverare anche gli stessi legatarii e fedecommissarii; l'unità di atto non è necessaria, nè l'apposizione dei suggelli, ma è sufficiente la sottoscrizione; il testatore deve sottoscriverli come il testamento (h).

Finalmente i codicilli privati come i testamenti possono essere scritti e nuncupativi.

Per mezzo di una semplice dichiarazione senza solennità di sorta si può lasciare un legato; quegli in favore del quale è stabilito deferisce il giuramento a colui che deve soddisfarglielo, anche quando il testatore avesse espressa la volontà in iscritto; ma se al contrario colui al quale è imposto il legato vorrebbe contraddire con altre pruove, non si può acquistare il legato se non esibendo un valido testamento o un codicillo (i).

(e) L. 3. §. 2. L. 14. 16. h. t. *Paul.* Ab intestato factis codlcillis, relicta etiam postea natus iutestati successor debebit. Qnieunque enim ab Intestato suecesserlt, locum habent codicilli, nam uuus casus est nec interest, qui succedlt, dum iutestato succedat; ad testamentum autem, quod quoque tempore fecisset, pertinent codicilli. Et, ut manifestios dicam, intestato paterfamilias mortuo nihil desiderant codicilli, sed vlcem testamentl exhibent; testameuto antem facto ius seqnuntur eius.

(f) L. 2. §. 2. L. 8. §. 5. h. t. *Iulian.* Codicillorum ius singulare est, ut, qnaecuuque iu his scribentur, periude habereutur, ac si iu testamento scripta esseut. Ideoque servo, qui testameuti facti tempore testatoris foisset, codicillorum tempore alieuus, nou recte libertas directa datur. Et coutra, si, quum testamentum fiebat, alieuus esset, codieillorum tempore testatoris, iutelligitur alieno servo libertas data. Et ideo licet directae libertates deficiuut, attameu ad fideicommissarias euudum est.

(g) L. 16. h. t. — Ved. not. (e).

(h) §. 3. Inst. h. t. §. 11. Inst. de test. ordin. (2. 10.). — L. 6. §. 1. 2. h. t. *Marcian.* Codlcillos et plures quis facere potest, et ipsios manu neque scribi, ueque signari uecesse est. §. 2. Licet iu coufirmatione codicillorum paterfamilias adlecerlt, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent faeti ab eo eodicilli, licet neque ab eo signati, neque manu eius scripti fuerint; uam ea, qnae postea geruntur, priorlbus derogant. — L. 28. §. 1. C. de test. et quemadm. (6. 23.).

(i) L. 32. C. de fideicomm. (6. 42.). — §. 12. Inst. de fideicomm. hered. (2. 24.). — L. 13. C. de reb. cred. (4. 1.).

§. 285.

1) Della clausola codicillare

Stryck, de clausula codicillari, Francf. 1670. — *Tauchert*, de clausula codicillari Hal. 1822. — *Sickel*, de vi clausulae codicillaris in testamento nullo Lips. 1829.

Una disposizione di ultima volontà, inefficace come testamento, può valere come codicillo, purchè il testatore l'avesse espressamente determinato, e che il testamento avesse tutti i requisiti di un codicillo. La volontà di far valere il proprio testamento come codicillo è detta *clausula codicillaris* (a).

Questo principio non deve intendersi nel senso che il testatore abbia sin dalle prime voluto far più un codicillo che un testamento, ma dovrebbe esser esposto in questa guisa: Quando coloro, in vantaggio de'quali è fatto il testamento, ricorrono per farlo valere alla clausola codicillare bisogna supporre che il testatore fin dal principio ebbe proposito di far un codicillo.

Per mezzo della clausola codicillare si può validare un testamento, anche quando l'invalidità segua di poi; purchè sempre i motivi d'invalidità non riguardino anche il codicillo.

Per essa si raffermano non solo tutti i legati, ma ancora le istituzioni di eredi, le quali valgono come fedecommessi universali (b).

Chiunque sia stato istituito erede in un testamento simile ha dritto di scegliere per far valere le sue ragioni o la qualità di erede istituito, accettando il testamento, o quella di fedecommessario, ricorrendo alla clausola codicillare, ma egli non potrà variare la scelta dopo aver preso una delle due qualità, eccetto tra ascendenti e discendenti *(ius variandi)* (c).

(a) L. 29. §. 1. qui test. fac. poss. (28. 1.). — L. 88. §. 17. de legat. (31.) *Scaevol. Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam; et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas;* deinde heredes instituit; quaesitum est, intestati eius bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, posse. — L. 8. §. 1. C. de codic. (6. 36.). — Confr. L. 1. 13. §. 1. de iur. cod. (29. 7.). — L. 41. §. 3. de vulg. et pupill. subst. (28. 6.).

(b) L. 88. §. 17. cit. — Ved. not. preced.

(c) L. 8. pr. §. 1. 2. C. de codicillis (6. 36.). *Theod.* Si quis agere ex testamento, quolibet modo, sive scripto, sive sine scriptura confecto, de hereditate voluerit, ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens, minime permittatur. Tantum enim abest, ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus, ut etiam illud sanciamus: si testator faciens testamentum in eodem, pro codicillis etiam id valere, complexus sit. qui hereditatem petit, ab ipsis intentio-

ANNOTAZIONE

Quanto a sapere quali vizii del testamento sono sanati con clausola codicillare sono controversi i seguenti punti:

1) È efficace questa clausola quando il testamento viola la quota legittima?

Nel caso che il testamento sia inofficioso, antichi e recenti giuristi quasi unanimemente mantengono che la clausola codicillare è inefficace argomentando dalla L. 13 de *inoff. test.*: e dalla legge 36 *de legatis* (31), la quale è concepita in questi termini: » Apud Scaevolam lib. XVIII. Dig. Claudius notat: nec fideicommissa ab inte-» stato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset, quia cre-» deretur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideo nec aliud quid per-» tinens ad suprema eius iudicia valet. »

In entrambe queste leggi è solamente detto, che quando un testamento è rescisso per *querela inofficiosi testamenti*, colui che vince la lite non può essere obbligato a soddisfare i legati, non ostante la clausola codicillare, poichè essi debbono essere considerati *quasi a demente dati*. Al contrario la nostra questione è piuttosto la seguente: *quid iuris* quando è annessa la clausola codicillare ad un testamento, nel quale sono stati offesi i diritti di legittima, e gli eredi istituiti fin dal principio ricorrono, per farlo valere, alla clausola medesima? La risposta sarebbe piuttosto che la clausola codicillare è efficace, e che colui che ha diritto alla porzione legittima dev'essere tenuto a tutte le disposizioni fatte nel testamento inofficioso, come se fin dal principio il testatore le avesse scritte in un codicillo *ab intestato*. Se questo ultimo caso fosse avvenuto, ossia se il testatore veramente in un codicillo *ab intestato* avesse imposto singolari o universali fidecommessi ai suoi più prossimi eredi *ab intestato*, in guisa ancora che ad essi poco o nulla rimanga, non si potrebbero dire per questo inefficaci le disposizioni del codicillo, ma invece esse sarebbero ridotte in modo che l'erede avesse libera la sua quarta Falcidia, o la quota legittima. Non si potrebbero quindi non ammettere le medesime conseguenze quando il testatore volle fare un testamento e gli eredi istituiti ricorrono alla clausola codicillare. Nè questo risultato è per nulla in contraddizione colle leggi or ora citate, imperocchè quando gli eredi ricorrono alla clausola codicillare manca il concetto del testamento inofficioso, e con esso la possibilità della *querela inofficiosi testamenti*.

2) Quando il testamento è nullo o secondo l'antico diritto per la preterizione di un *suus heres*, o secondo il diritto posteriore per la Nov. 115, ovvero quando diventa nullo per una *agnatio postumi*, la comune opinione si è determinata pel principio che la clausola codicillare sia capace di ogni effetto (d): ma questa teorica è stata contraddetta dal *Mühlenbruch*. Egli argomenta così: anche nel diritto posteriore v'è l'obbligo di una formale istituzione o diseredazione dell'erede necessario; nè per codicillo si potrebbe istituire o diseredare; un effetto quindi che non si può raggiungere per mezzo di codicillo, non è possibile che compia la clausola codicil-

nis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens, se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse, ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas aut secundum nuncupationem ceterasque similes postulaverit, aut certe mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet.

(d) Ved. *Franke*, diritto degli eredi necess. §. 33. — *Degener*. giorn. di Giessen. XVII. pag. 403.

lare (e). Quest'argomentazione non fa al caso, imperocchè allora è questione di formale istituzione o diseredazione, quando il testatore muore *testatus*, ma non quando muore *ab intestato* o con un semplice codicillo. Ora quando tutti gl'istituiti ricorrono alla clausola codicillare, bisogna reputare non esservi testamento, ma un semplice codicillo *ab intestato*, e cessa l'obbligo della formale istituzione o diseredazione. Questo risultato è adombrato nelle seguenti parole: « Ex testamento, quod agna» tione postumae ruptum est consistit, neque directas libertates competere, neque » fideicommissarias deberi, *quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias* » *reliquerit* satis constat ». Pare indubitabile che le parole segnate debbano unicamente significare la clausola codicillare, e perciò affermano la validità di essa anche nel caso di un *testamentum ruptum*. Al contrario il *Mühlenbruch* crede più probabile che *Ulpiano* in questo luogo parli di un puro codicillo *ab intestato*, onde il senso di quelle parole sarebbe: sebbene un testamento rotto per l'*agnatio postumi* diventa nullo in tutte le sue disposizioni, pure il codicillo *ab intestato* non sarebbe rotto dall'agnazione del postumo. Ma *Ulpiano* parla molto chiaramente di una manomissione ordinata in un testamento rotto, e la manomissione così fatta, egli dice, è invalida, quando il testatore non ne abbia gravato anche gli eredi legittimi: secondo questa legge adunque una clausola codicillare in un testamento *ruptum* dev'essere considerata come efficace almeno per convalidare le manomissioni e i legati; e non si saprebbero negare in un caso simile gli altri effetti di questa clausola, come la conferma di una istituzione di erede nella forma di fedecommesso universale.

3) Quando il testamento rimane destituito, per equità si stabilisce che la clausola codicillare ha il pieno suo effetto (f).

4) Quando finalmente un testamento con clausola codicillare è rotto perchè il testatore stesso l'ha rivocato, allora è naturale di reputare annullato e testamento e clausola codicillare (g).

(e) L. 24. §. 11. de fideicomm. libert. (40. 5.). — *Mühlenbruch*, comm. XXXVII. pag. 268. — *Puchta*, Pand. §. 434.

(f) L. 6. pr. si quis om. caus. (29. 4.). — L. 14. C. de fideicom. (6. 42.). *Valerian.* et *Gallien.* Eam, quam frater tuus instituerat, sive quaesita, sive non quaesita hereditate decesserit, quum tamen simpliciter, antequam duodecimum aetatis annum implevisset, verbis precariis testamento facto nonnullos ei voluerit substitutos, nihil prohibet fideicommissum petere vel ab ipsius heredibus vel ab his, qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habet, quod regulariter traditur, ea, quae in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hereditas, non valere, quum verbis relicta directis adiri potuit hereditas, non quum illa ipsa sic data est, ut esset ab intestato successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes asseverationem tuam, quasi scripta heres non fuerit iure adoptata. Alioquin si in familia relicta heres facta decesserit, et consequenter ipsius heredes petitioni fideicommissi respondere coguntur. — L. 1. C. de fideicomm. libert. (7. 6.).

(g) *Vangerow*, o. c. §. 527.

III. Del contenuto de' legati.

§. 288.

A. Dell' obbietto dei legati.

Il legato può trasferire al legatario qualunque vantaggio atto ad arricchire il patrimonio di lui. Il vantaggio però dev'essere possibile, e per massima l'oggetto del legato prescritto in modo che il determinarne le qualità non stia solamente in arbitrio di colui cui è imposto.

È senza effetto il legato se l'oggetto fosse assolutamente fuori commercio (a). Intorno a che si noti se la cosa non totalmente sia fuori di commercio, o se abbia questo carattere rispetto ad alcuni soltanto: poichè in tali casi non sempre ne seguita la nullità del legato.

1) Se l'obbietto è fuori commercio solamente rispetto a colui cui è imposto di soddisfare il legato, questo sarà nondimeno efficace, ed il legatario potrà pretendere il prezzo di stima, il valsente della cosa disposta in suo favore (b).

2) Al contrario è senz'effetto il legato se l'oggetto è *extra commercium* del legatario, ossia quando questi per motivi legali non può usarne (c). Si ricordano nondimeno due eccezioni.

a) La cosa altrui è validamente legata, ed il legatario ha diritto a pretenderne il prezzo di stima; imperocchè essendo il *legatum rei alienae* valido quanto alla *aestimatio*, è chiaro che questo valsente forma propriamente il legato, e però la contingenza che l'obbietto sia o no nel commercio del legatario è perfettamente indifferente (d).

b) È altresì validamente legata quella cosa che non è propria fuori commercio del legatario per una proibizione legale, ma che non può venire in proprietà di costui *propter corporis sui vitium*, come quando ad un

(a) §. 4 Inst. de legat (2. 20.). — L. 39. §. 9. 10. de legat. (30). — L. 14. C. de legat. (6. 37.). — confr. L. 41. §. 1. L. 43. §. 1. de legat. (30).

(b) L. 49. §. 3. de legat. (31). *Paul.* Sed Proculus, si quis heredem suum eum fundum, cuius commercium is heres non habeat, dare iusserat ei, qui eius commercium habeat, putat, heredem obligatum esse — quod verius est — vel in ipsam rem, si haec in bonis testatoris fuerit, vel, si non est, in eius aestimationem.

(c) L. 49. §. 2. de legat. (31). *Paul.* Labeo refert, agrum, cuius commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse; quod merito Priscus Fulcinius falsum esse aiebat.

(d) L. 40. de legat. (30). *Ulp.* Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei, cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi. — Ved. Glück. ad fragm. T. P. 1817, in contr. Cuiac. op. omn. *l.* p. 127. 1185.

castrato si lega una *militia* (e); ovvero *propter qualitatem relicti*, e ne è quindi dovuto dall'erede il prezzo di stima (f).

Quando un legato è di nessun momento, perchè *extra commercium omnium*, ovvero *extra commercium legatarii*, rimane sempre nullo, quand'anche durante la vita del testatore l'oggetto fosse rientrato nel commercio (*regula Catoniana* §. 295.). Ma se l'oggetto fosse stato legato sotto condizione, e *pendente conditione* fosse rientrato in commercio, sarà valido il legato per la nota massima, *ad conditionalia legata regula Catoniana non pertinet*.

Quando sia legata una cosa appartenente al legatario nel tempo che fu scritta la disposizione, il legato è nullo, nè secondo la regola Catoniana diventa valido, se anche durante la vita del testatore la cosa fosse dal legatario alienata (g).

Eccezioni:

a) Quando il legato è condizionale, e prima che la condizione si compiesse, la cosa fu alienata, il legato è valido: *regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet*; onde la condizione, *si vivo testatore rem alienaverit*, è valida (h).

b) È valido se la proprietà della cosa, appartenente al legatario, gli è tolta assolutamente e in ogni tempo, come per la *in integrum restitutio* del primo proprietario (i), e per qualunque caso di rivocazione del dominio *ex tunc*, si noti, non *ex nunc*, salvo che il testatore nel legare l'oggetto non avesse saputa quella relazione giuridica del legatario, per la quale il dominio era rivocabile *ex nunc;* poichè, ciò stante, devesi sup-

(e) Ved. L. 4. pr. de re milit. (49. 16.). — confr. L. 35. de legat. (32). — Ved. not. seg.

(f) L. 114. §. 5. de leg. (30). *Marcian*. Si quid alicui licite fuerit relictum, vel ius aliud, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti solet comparari, tantam aestimationem accipiat.

(g) §. 10. Inst. de leg. (2. 20.) — L. 41. §. 2. de legat. (30). *Ulp*. Tractari tamen poterit, si quando marmora, vel columnae fuerint separatae ab aedibus, an legatum convalescat. Et si quidem ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si existentis conditionis tempore mea non sit, vel aedibus iuncta non sit, secundum eos, qui et emi rem meam sub conditione, et promitti mihi stipulanti, et legari aiunt. Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet. — L. 13. C. de legat. (6. 37.).

(h) L. 41. §. 2. cit. — Ved. not. prec.—L. 98. de cond. et demonstr. (35. 1.).—Ved. *Thibaut* §. 903. — *Mühlenbruch* §. 841. not. 9.

(i) L. 82. §. 1. de legat. (30). *Iulian*. Si ex bonis eius, qui Reipublicae causa aberat, rem usu acquisierim, et ea, antequam evinceretur, mihi legata sit, deinde postea evincatur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere. Fundus mihi legatus est, proprietatem eius fundi redemi detracto usufructu, postea venditor capite minutus est, et ususfructus ad me pertinere coepit; si ex testamento egero, iudex tanti litem aestimare debebit, quantum mihi aberit.

porre l'intenzione di legare quella cosa pel caso appunto che il legatario ne perdesse il dominio (k).

c) È valido se l'oggetto al tempo della formazione del legato apparteneva al legatario, ma fin da quel tempo al testatore dovea farsene la tradizione, abbia questa o no avuto luogo; poichè il legatario nel primo caso ha diritto alla restituzione, ed è nell'altro liberato, per un vero *legatum liberationis,* di farne la tradizione agli eredi (l). Similmente valido è il legato della cosa del legatario, quando il testatore vi aveva sopra fin dal tempo che scrisse la disposizione un diritto reale, poichè col legato cessa questo diritto in effettivo vantaggio del legatario (m).

Ma se poi si è legato una cosa appartenente al legatario, sulla quale un terzo e non il testatore ha un diritto reale, il legato dev'essere considerato come inefficace, nè il legatario potrà domandarne dall'erede il prezzo di stima, nè pretendere di esser liberato da quel diritto (n): salvo che fosse stato appunto proposito del testatore nel fare il legato quello di liberare il legatario dal diritto reale del terzo; nel qual caso il legato sarà valido nel senso che se è possibile, il legatario potrà pretendere dall'erede che sia prosciolta la sua cosa, od altrimenti avrà diritto ad un prezzo di stima (o).

d) Finalmente quando il testatore erroneamente suppose che la cosa legata appartenesse al legatario, il legato sarà efficace per decisione di Giustiniano (p).

(k) L. 39. §. 2. eod. *Ulp.* Si Titius a me rem emisset, et eandem mihi legasset, antequam ei traderem, mox ei tradidero, et pretium recepero, videtur quidem in prima facie rem mihi meam legasse, et ideo legatum non consistere, sed ex emto actione liberatus utique per legatum rem vindicare potero, quam tradidi. Sed si nondum erat solutum mihi pretium, Iulianus scribit, ex vendito quidem me acturum, ut pretium exsequar, ex testamento vero, ut rem, quam vendidi et tradidi, recipiam. Idem subiungit, si pretium quidem mihi erat solutum, rem autem nondum tradideram, ex testamento me agentem liberationem consequi.

(l) L. 39. §. 2. de legat. eod. — Ved. not. prec.

(m) L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. eod. *Ulp.* Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus; et Iulianus libro trigesimo octavo Digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum.

(n) L. 66. §. 6. de legat. (31). *Papinian.* Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede; ususfructus enim, etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus. Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.

(o) L. 43. §. 3. L. 86. de legat. (30.). *Iulian.* Si tibi homo, quem pignori dederas, legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur.

(p) §. 11. Inst. de legat. (2. 20.). — Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum; nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione: sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

§. 289.

B. Della sostituzione nei legati.

Come nell'istituzione dell'erede, così nei legati è possibile una sostituzione, di guisachè lo stesso legato passa altrui nel caso che il primo non l'acquista (a).

È possibile ancora che lo stesso legato venga lasciato a molti successivamente nel senso che colui che pel primo lo riceve, dopo un certo tempo, p. e. dopo la sua morte, deve restituirlo all'altro, e questi ad un terzo e così via. Questo è conosciuto col nome di fedecommissaria sostituzione o *precaria substitutio*, in cui si comprende anche il fedecommesso universale. Un legato fatto a questo modo appellasi *legato successivo*, e n'è una specie il legato di famiglia, *fideicommissum familiae relictum* (b); il quale consiste nell'obbligo imposto altrui di lasciare il legato istesso ai parenti di una determinata famiglia, sia a quella del testatore, sia ad un'altra.

Se il testatore non ha nulla determinato al proposito, colui che ne ebbe il carico, e gli altri successivamente, possono scegliere uno o più dei componenti della famiglia cui dev'essere trasmesso il legato (c). Se l'erede ovvero chi ha il legato non esegue la volontà del testatore, o vende altrui la cosa legata, chiunque della famiglia nella quale il legato deve rimanere, e quindi i parenti del primo legatario han diritto di ripeterlo: coloro che consentirono d'alienarlo, perdono il vantaggio di questo fedecommesso: se poi il consenso fu dato da tutti i componenti della famiglia, si estingue tutto il legato o fedecommesso successivo (d).

(a) L. 50. pr. L. 77. §. 13. de legat. (31.). *Ulp. Volo praedia dari libertis meis; quodsi quis eorum sine liberis vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo;* collibertum patris eundemque filium ex voluntate substitutionem excludere, placuit. — L. 3. de adim. legat. (34. 4.). — L. un. §. 7. C. de cad. toll. (6. 51.).

(b) L. 114. §. 14. 18. de legat. (30.). — L. 32. §. 6. L. 67. pr. §. 1. 7. L. 69. §. 1. 3. 4. de legat. (31.). *Modest.* In fideicommisso, quod familiae relinquitur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit. — Ved. not. seg.

(c) L. 67. pr. §. 2. de legat. (31.). *Papinian.* Si Falcidia quaeratur, perinde omnia servabuntur, ac si nominatim ei, qui postea electus est, primo testamento fideicommissum relictum fuisset; non enim facultas necessariae electionis propriae liberalitatis beneficium est; quid est enim, quod de suo videatur reliquisse, qui, quod reliquit omnimodo reddere debuit? Itaque si, quum forte tres ex familia essent eius, qui fideicommissum reliquit, eodem, vel dispari gradu, satis erit, uni reliquisse; nam postquam paritum est voluntati, ceteri conditione deficiunt. — L. 114. §. 17. de legat. (30.).

(d) L. 69. §. 3. de legat. (31.). — L. 67. §. 3. 7. eod. L. 114. §. 15. 18. L. 120. de legat.

Un legato o fedecommesso di famiglia cessa dopo la quarta generazione (e).

Tra i componenti della famiglia pe' vantaggi sopraddetti si comprendono tutti i parenti, ed in mancanza il coniuge di un discendente premorto (f).

IV. Dell'acquisto de' legati.

§. 290.

A. Dei requisiti per l' acquisto in generale.

T. D. Quando dies legatorum vel fideicomm. cedit. (36. 2.). — C. Quando dies legati vel fideicomm. cedit. (6. 53.). — D. Quando dies usufr. legati cedit. (7. 3.).

Per l'acquisto dei legati bisogna avvisare due tempi, quello nel quale nasce il diritto al legato *(dies legati vel fideicommissi cedit)*, e l'altro nel quale si effettua questo diritto *(dies legati vel fideicommissi venit)*.

1) Il primo tempo, *dies legati cedit*, è la morte del testatore, alla quale già il legatario deve essere idoneo ad acquistare il legato, e può già trasmetterne il diritto per successione secondo comporta la natura dell'oggetto (a).

Se nondimeno il legato è sottoposto a condizione sospensiva od a determinazione di tempo incerto, il *dies cedit* solamente all'avvenimento della condizione o del *dies incertus* (b); ma il *dies cedit* anche alla morte

(30.). — L. 77. §. 27. h. t. (31.). *Ulp.* Libertis praedium reliquit, ac petiit, ne id alienarent, utque in familia libertorum retinerent. Si excepto uno ceteri partes suas vendiderint, qui non vendidit, ceterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet; eos enim ad fideicommissum videtur invitasse, qui indicio paruerunt, alioquin perabsurdum erit, vice mutua petitionem induci, scilicet ut ab altero partem alienatam quis petat, quum partem suam alienando perdiderit. Sed hoc ita procedere potest, si pariter alienaverint; ceterum prout quisque prior alienaverit, partem posterioribus non faciet, qui vero tardius vendidit, ei, qui non vendidit, in superiorum partibus fecisse partem intelligitur; at si nemo vendiderit, et novissimus sine liberis vita decesserit, fideicommissi petitio non supererit. — L. 11. C. de fideicom. (6. 42.).

(e) N. 159. c. 2.

(f) L. 69. §. 4. de legat. (31.). — L. 5. C. de V. S. (6. 38.).

(a) L. 5. pr. §. 1. h. t. *Ulp.* Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, heredem suum transfert legatum. Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies eius cedit; si vero post diem sint legata relicta, simili modo, atque in puris dies cedit, nisi forte id fuit legatum, quod ad heredem non transit, nam huius dies non ante cedit, ut puta si ususfructus sit post annum relictus; hanc enim sententiam probamus.

(b) L. 5. §. 2. h. t. *Ulp.* Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta; nequidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii. — L. un. §. 7. C. de cad. toll. (6. 51.). — L. 79. pr. de condit. (35. 1.). — L. 46. 62. §. 1. ad S. C. Trebell. (36. 1.).

uno e non l'altro se più fossero lasciati alla medesima persona, purchè a ciò non fosse contraria la volontà del testatore (i). Se fossero istituiti due legati, de'quali un solo con una qualunque imposizione, ed il legatario rinuncia quello sul quale grava l'imposizione, questa passa sull'altro accettato (k).

B. Relazioni giuridiche nascenti dall'acquisto del legato.

§. 291.

1) Dei diritti dell'erede in generale.

Il legatario pure nel *dies veniens* non può prendere possesso della cosa di propria autorità; se egli se ne fosse messo in possesso prima ancora che la cosa giungesse alle mani di colui cui è imposto il legato, ovvero all'insaputa di colui, è tenuto alla restituzione della cosa per virtù dell'*interdictum quod legatorum* od alla rifazione dei danni. Oltre a ciò l'erede ha il diritto di ripetere dal legatario, quanto abbia speso pel mantenimento dell'oggetto, e quanto costui lucra di là del legato, onde il diritto di ritenzione e la *condictio indebiti* in favore dell'erede (a). Se sulla cosa legata aveva l'erede un diritto di servitù, trasferita la cosa al legatario, quello rivive e mantiensi, quantunque fosse dapprima cessato per confusione di patrimonii nella successione (b).

(i) L. 4. 5. 6. 23. de legat. (31.). *Paul* Neminem eiusdem rei legatae sibi partem velle, partem nolle verius est. L. 5. Sed duobus legatis relictis unum quidem repudiare, alterum verum amplecti posse respondetur.

(k) L. 5. §. 1. L. 23. de legat. (31.). *Pompon.* Sed si unum ex legatis onus habeat, et hoc repellatur, non idem dicendum est; pone eum, cui decem et Stichus legatus est, rogatum servum manumittere, si Falcidia locum habet, ex decem utriusque legati quarta deducetur; igitur repudiato servo non evitabitur onus deductionis, sed legatarius ex pecunia duas quartas relinquet. — L. 10. de usu et usufr. (33. 2.).

(a) L. 58-61. de legat. (30.). *Papinian.* Domus hereditarias exustas et heredis nummis exstructas ex causa fideicommissi post mortem heredis restituendas, viri boni arbitratu sumtuum rationibus deductis, et aedificiorum aetatibus examinatis, respondi. *Ulp.* Si modo nulla culpa eius incendium contigisset. *Iulian.* Quodsi nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit. *Papinian.* Sumtus autem in reficienda domu necessarios a legatario factos petenti ei legatum, cuius postea conditio extitit, non esse reputandos existimavi.

(b) L. 18. de servit. (8. 1.). — L. 70. §. 1. L. 116. §. 4. de legat. (30.). *Florent.* Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est, itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit, sive et fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est; et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur, si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.

§. 292.

a) Della sottrazione della quarta Falcidia.

T. Inst. de lege Falcidia (2. 22.). — D. ad legem Falcidiam (35. 2.). — C. ad legem Falcidiam (6. 50.). — *Voorda*, comm. ad legem Falcidiam Fran. 1730. — *Westphal*, dei legati §. 1132. — *Rosshirt*, dei legati I. pag. 520.

Un diritto molto più importante spetta all'erede e deriva dalla legge Falcidia, quello che, quando dopo i legati e le altre *capiones mortis causa* all'erede poco superi o nulla, in somma meno della quarta parte dei beni ereditarii, questi sottrae dal legato ed in generale secondo Giustiniano (a) da ogni *mortis causa capio* tanto che gli conservi libero il quarto della successione. Tutto ciò dopo le inutili determinazioni della legge Furia e Voconia fu stabilito per la legge Falcidia, che fu così rigida da invalidare ogni contraria volontà del testatore (b).

I) Quanto a coloro che han diritto a sottrarre la quarta Falcidia si noti che:

1) Anzi tutto bisogna mantenere il principio che questo diritto spetta non solo all'erede unico, ma a quanti fossero istituiti, in guisa che ciascuno abbia libera la quarta parte della sua quota ereditaria (c).

2) Dal qual principio consegue che se un erede riceve più porzioni distinte, dovrebbe conservar libera la quarta parte di ciascuna. Ma questo risultato non è così assolutamente applicato, e le leggi distinguono tre casi differenti.

a) Alcuna volta chi riceve più porzioni ereditarie ha facoltà di sottrarre la quarta Falcidia da ciascuna, cosicchè queste si reputano perfet-

(a) L. 18. C. h. t. *Iustinian.* Si quis quadringentorum forte solidorum habens substantiam iusserit, heredem non aliter adire hereditatem, nisi prius trecentos octoginta solidos cuidam persolvat, vel aliam quantitatem, quae diminuere Falcidiae rationem potest, sancimus, heredem, si adierit, legis Falcidiae beneficio sustentatum, repleri quidem, quod ad Falcidiam deest, et prius eo dato vel retento (sive una datio est), quae celebrari disposita fuerit, sive in multas dividitur personas praefatae legis immutilatum habere beneficium. Si enim, quum mortis causa donatio procedat, et haec modum legis Falcidiae excedat, heres post aditionem repetit eam pecuniam, quae ultra modum Falcidiae corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit, quare non in praesenti casu et viventibus et morientibus providemus, et eorum ultima elogia conservantes, et commodum hereditarium non minuentes? — Confr. §. 5. Inst. h. t. L. 5. 12. C. h. t. L. 2. C. de don. caus. mortis (8. 57.). — L. 31. §. 1. de don. inter. vir. et uxor. (24. 1.).

(b) L. 81. §. 4. de legat. (30.). — L. 15. §. 1. L. 17. h. t.

(c) L. 77. h. t. *Gai.* In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse, non dubitatur; et ideo si Titio et Seio heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Scio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae.

tamente divise come se invece di concorrere tutte nella persona di un solo erede, fossero lasciate a più eredi. Avviene così, quando le porzioni si riuniscono per semplice caso, come p. e. quando un erede succede per titolo universale al coerede o quando un coerede arroga l'altro e simili (d).

b) In altri casi al contrario le porzioni raccolte da un solo erede vengono riunite in modo, da comporre una sola porzione, e l'erede per conseguenza sottrae una sola volta la quarta Falcidia rispetto a' legatarii ed in proporzione de'legati. Avviene così massimamente quando lo stesso testatore avesse istituito quell'erede *principaliter* in più porzioni; epperò in questo caso quand'anche i legati imposti ad una delle porzioni ne superassero i tre quarti, l'erede non avrà diritto a dedurre la Falcidia s'egli conserva il quarto del complesso di tutte (e).

Quando più porzioni concorrono nella medesima persona, perchè l'erede è sostituito al coerede, le porzioni devono essere riunite insieme per la ragione che la sostituzione volgare non è che una condizionata istituzione, onde questo caso corrisponde esattamente al secondo dei tre casi previsti nelle leggi.

Ma tutto ciò è vero solamente quando lo stesso sostituto fosse gravato di legati dal testatore nella qualità di sostituto, sia che i legati gli fossero imposti pel tempo ch'entra come sostituto, sia che fossero imposti al primo erede e ripetuti per lui. In questo caso adunque le porzioni vengono composte in modo che il *substitutus* ha diritto di sottrarre una sola volta la quarta Falcidia, e la ragione è che egli soddisfa i legati *suo nomine.*

Se al contrario i legati fossero imposti al primo erede, non al sostituto, e questi paga in nome del primo ossia *alieno nomine*, le due porzioni si considerano divise, e da ciascuna vien dedotta la quarta Falcidia; così p. e. quando la porzione della istituzione è superata dai legati, e la porzione accessoria quella della sostituzione no, ovvero quando la prima più e l'altra meno, le due porzioni vengono perfettamente unite; quando al contrario la porzione della sostituzione è molto gravata, e l'altra no, ovvero quando la prima più e l'altra meno, le due porzioni si mantengono divise e da ciascuna vien dedotta la quarta Falcidia (f).

(d) L. 1. §. 15. h. t. *Paul.* Si coheredem meum post aditam hereditatem arrogavero, non dubitabitur, quin separandae sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres extitissem.

(e) L. 1. §. 13. L. 11. §. 7. L. 87. §. 3. h. t. *Iulian.* Si tu ex parte quarta, Titius ex parte quarta heredes scripti fueritis, deinde tu ex parte dimidia heres institutus fueris, sub conditione, et legata, item libertates datae fuerint, pendente conditione libertates competent, legata tota praestabuntur, quia, sive conditio' extiterit te herede existente, utraque valent, sive conditio defecerit, tu et Titius heredes eritis. Lege Falcidia si hoc quaeris, an existente conditione miscetur quadrans tuus et semis, atque ita pro dodrante ratio ponenda est cum his, quibus a te pure herede legatum est? respondebimus, misceri duas partes.

(f) L. 87. §. 4. 5. h. t. *Iulian.* Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus he-

c) Altri casi vi sono in cui le porzioni che concorrono devono essere considerate divise, ma ciò che si guadagna in una, dedotta la quarta Falcidia, dev'essere accresciuta all'altra porzione. Sebbene il risultato di questa computazione sembra identico all'altro, quando cioè le porzioni debbono essere riunite, pure se è così rispetto all'erede non è così pe' legatarii. Imperocchè la differenza è visibile: supposto il caso che le due porzioni montino ciascuna a 400, e che sopra una pesi un legato di 250, sull'altra uno di 500; se si dovesse applicare la regola del secondo caso, ossia la perfetta unione delle due porzioni e dei legati, risulterebbe che i legati ledono per 150 la quarta parte delle due porzioni unite: l'eccesso dovrebbe sottrarsi dai due legati in proporzione, onde il primo legatario riceverebbe 200 e l'altro 400. Invece per la computazione del terzo caso, divise le due porzioni, il primo riceverebbe tutti i suoi 250, il secondo riceverebbe solamente 350, cioè 300 sulla porzione a lui specialmente gravata, e 50 resto della prima porzione dopo dedotta la quarta Falcidia.

Quando nel medesimo testamento sono istituiti il padrone e lo schiavo, il padre ed il figlio, e per comando del padrone o del padre si accetta l'eredità dal figlio o dallo schiavo, come nel caso della sostituzione volgare, anche qui si fa distinzione, se è gravata la porzione principale o l'accessoria; se i legati pesano sulla porzione dello schiavo o del figlio di famiglia le due porzioni rimangono divise, e le libere porzioni del padrone e del padre non gioveranno ai legatarii (g). Quando invece la porzione del padre, o del padrone è gravata di legati o è gravata più dell'accessoria, succede il terzo caso testè osservato, onde le porzioni non vengono perfettamente confuse, come trattandosi di sostituzione volgare, ma ciò che avanza di libero nella porzione accessoria aumenta la principale per la soddisfazione dei legati (h).

redea lnstituerat, a fiilo totnm semissem legaverat, a Titio nibil, et Titium filio substitnerat; quaesitum est, quum Titius ex inatitutione adiisset, et impubere filio mortuo ex substitutione heres extitisset, quautum legatornm nomiue praestare deberet. Et placuit, solida legata eum praestare debere, uam confusi duo semisses efficereut, ut clrca legem Falcidiam totius assis ratio haberetur, et solida legata praestareutur. Sed hoe ita verum est, si fiiius, antequam patri heres existeret, deeessisset. Si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitntns, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia nou suo nomiue obligatur, sed defuncti pupiiii, qui uihil ampiius, quam semissis dodrautem praestare necesse habuit. Quodsi extrauei heredis semis totus legatus fuerit, isque a pupillo, a quo nihii legatum erat, ex substitutioue heres extiterit, poterit diei, augeri legata, et periude agendum, ae si cuilibet coheredi substitntus fuisset, eoque omitteute hereditatem ex asse heres extitisset, qnia semper substitutns rationem legis Falcldiae ex quautitate bouorum, quae pater reliquerit, ponet. — Coufr. L. 1. §. 13. h. t. cit.

(g) L. 21. §. 1. b. t. — Ved. uot. seg.

(h) L. 21. §. 1. *Paul.* Si ego et servus mens beredes iustituti simus ex diversis partibns, nec a servo erogatus dodrans bis, quibus a me legatnm est, contra Falcidiam proderit, quod ex portioue servl ad me pervenit supra Faleidiam eius portoiuis. Ex contrarlo si servo meo servus,

Lo stesso principio sarà applicato nel caso di accrescimento, cioè quando la porzione accessoria, l'accrescente, è gravata, le due porzioni si lasciano perfettamente divise; e per conseguenza la porzione non aggravata o poco gravata non giova ai legatarii dell'accessoria, e l'erede ha diritto di detrarre la quarta Falcidia: *portione gravata accrescente portioni gravatae quarta deducitur*. Al contrario quando è gravata la principale e non l'accessoria, l'erede è obbligato di supplire a ciò che nella prima manca per la soddisfazione dei legati con quello che guadagna di libero nella porzione accessoria, *portione non gravata accrescente portioni gravatae, quarta non deducitur* (i).

II. Affinchè si potesse togliere una giusta misura per sottrarre la quarta Falcidia fa mestieri avere l'esatto valore del patrimonio ereditario al tempo che s'apre la successione, onde bisogna che si determini l'attivo dell'eredità sempre al tempo della morte del testatore, e si riduca a somma precisa: un aumento posteriore vantaggia l'erede, come a lui nuoce un posteriore decrescimento del patrimonio (k). In caso che vi siano crediti *sub conditione* si devono bensì computare nell'attivo del patrimonio, ma come la loro sussistenza è incerta, il legatario deve prestare cauzione, che se il credito manca, e diminuisce quindi il patrimonio, si sottragga contro lui, se n'è il caso, la quarta Falcidia. Ancora in caso d'insolvenza del debitore si computa nell'eredità quanto si può ricavare da lui e dalla vendita del *nomen* (l); e se un debitore dell'eredità è istituito erede, quantun-

et mihi decem legata fuerint, servi Falcidia ex decem mihi legatis non tenetur exemplo eodem Falcidiae; nam quartam retineo ex persona servi, quamvis de mea portione nihil exhaustum sit. — Cit. L. 25. pr. eod.

(i) L. 78. h. t. *Gai*. Quodsi alterutro eorum deficiente alter heres solus extiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? Et placet, si eius pars legatis exhausta sit, qui heres extiterit, adiuvari legatarios per deficientem partem, quae non est legatis onerata, quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut ceteris legatariis aut nihil, aut minus detrahatur; si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret.

(k) §. 2. Inst. h. t.—L. 30. 42-62. §. 1. L. 73. pr. h. t. *Gai*. In quantitate patrimonii exquirenda visum est, mortis tempus spectari. Qua de causa si quis centum in bonis habuerit, tota ea legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum legatorum nomine erogatis habiturus sit heres quartam partem; sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Et ex diverso, si ex centum septuagintaquinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum, ut non plus quam septuagintaquinque, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur; nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem; quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem legatorum pacisci. — confr. L. 1. §. 17. L. 9. §. 56. §. 1. L. 73. §. 1. h. t.

(l) L. 73. §. 1. *Gai*. Magna dubitatio fuit de his, quorum conditio mortis tempore pendet,

que per mezzo dell'adizione sia estinta l'obbligazione, pure questa cifra dev'essere compresa nel patrimonio attivo (m).

In secondo luogo legalmente bisogna riuscire alla precisa somma dei debiti, ed anche quelli *sub conditione* devono esservi compresi: senonchè, come pei crediti condizionali il legatario, per questi debiti deve l'erede prestare cauzione, perchè mancando essi, ed aumentando per conseguenza il patrimonio, restituisse al legatario tanto, quanto egli dedusse in più nella quarta Falcidia (o). Sono da computarsi nel passivo dell'eredità le spese dei funerali e tutte quelle fatte per l'eredità medesima (p).

Dopo così appurate amendue le somme, detratta quella dei debiti dall'attivo, di ciò che avanza tre quarti saran divisi tra i legatarii secondo la proporzione de' legati, ed un quarto resterà all'erede.

Dev'essere imputato nella *quarta* che si lascia all'erede:

a) Tutto ciò che si acquista come erede, non mai quello che si acquista dalla eredità a titolo singolare; per la qual cosa nella *quarta* saranno imputati tutti i legati riusciti vani, sia che tali fossero dal principio, sia che addivenissero invalidi in seguito, ma non verrà conferito quello che si acquista in qualità di legatario; onde del prelegato non vien conferito nella *quarta* se non la porzione che l'erede dovrebbe pagare a sè stesso, ch'è quel che egli acquista da erede (§ 285), nè s'imputa quanto l'erede riceve per l'adempimento di una condizione o pel fatto proprio (q).

id est, an, quod sub conditione debetur, in stipulatoris bonis adnumeretur, et promissoris bonis detrahatur. Sed hoc iure utimur, ut, quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoria quidem bonis accedere videatur, promissoris vero decedere; aut cautionibus res explicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tanquam pure debeatur, aut ita, tanquam nihil debeatur. Deinde heredes et legatarii inter se caveant, ut existente conditione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sint. — L. 82. h. t.

(m) L. 1. §. 18. h. t. *Paul.* Si debitor creditori heres existat, quamvis confusione liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur, ut computetur ei, quod debet, quamvis aditione confusum sit.

(o) §. 3. Inst. h. t. — L. 39. 73. §. 1. h. t. — Ved. not. (m). — confr. L. 54·81. §. 1. 2. eod. — L. 6. C. h. t.

(p) §. 3. Inst. cit. L. 1. §. 19. L. 2. 72. h. t. *Paul.* De impensa monumenti nomine facta quaeritur, an deduci debeat. Et Sabinus ita deducendum putat, si necessarium fuerit, monumentum exstruere. Marcellus consultus, an funeris monumentique impensa, quantam testator fieri iussit, in aere alieno deduci debeat, respondit, non amplius eo nomine, quam quod funeris causa consumtum est, deducendum; nam eius, quod in exstructionem monumenti erogatum est, diversam esse causam, nec enim ita monumenti aedificationem necessariam esse, ut sit funus ac sepultura; idcirco eum, cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, Falcidiam passurum. — L. 22. §. 9. C. de iure deliberandi (6. 39.).

(q) L. 3. pr. §. 1. L. 21. pr. L. 50. 51. L. 74. 76. pr. §. 1. h. t. *Cels.* Non est dubium, quin ea legata, a quibus heres summovere exceptione petitorem potest, in quartam ei imputentur, nec ceterorum legata minuant. *Iulian.* Nec interest, utrum ab initio quasi inutile fuerit, an ex accidenti postea in eum casum pervenisset legatum, ut actio eius denegaretur.

b) Circa ai frutti bisogna sceverare quelli raccolti nel tempo della eredità giacente da quelli raccolti dopo l'adizione: i primi non devono mai essere imputati nella *quarta* Falcidia, e vanno tutti in beneficio dell'erede, e ciò per il principio fondamentale di questa teoria, cioè che il patrimonio per la *quarta* deve calcolarsi sempre al tempo della morte del testatore; nè deve variare per qualunque mutazione seguita di poi (r): Pei secondi, che sono i frutti raccolti dopo l'adizione dell'eredità, è mestieri notare:

aa) Se il *dies legati venit* nello stesso momento dell'adizione, ed il legato non è soddisfatto allora, i frutti raccolti da questo momento fino al pagamento del legato non sono imputabili nella *quarta* dell'erede, sebbene quasi sempre l'erede rispetto al legatario resterà obbligato direttamente pei frutti ed interessi scaduti da quel tempo. La ragione è, che le mutazioni di patrimonio che avvengono dopo il *dies veniens*, anche meno che prima ponno esser valutate nella computazione della legge Falcidia.

bb) Al contrario se il legato è condizionato o con determinazione di tempo, l'erede deve imputare nella sua *quarta* i frutti e gl'interessi scaduti dal tempo dell'adizione della eredità fino al pagamento del legato medesimo (s).

5) Difficile si rende il computare la quarta Falcidia quando si tratta di legati di alimenti o rendite specialmente se lasciati a persone giuridiche. Intorno a ciò bisogna considerare i seguenti casi:

a) Se fu lasciato un legato ad un ente morale, si avrà per legato un capitale, di cui il quattro per cento forma la somma annuale legata (t).

b) Se annui legati, alimenti o usufrutto fu l'obbietto del legato, le leggi stabiliscono una proporzione secondo la probabile età del legatario, e precisamente: se si tratta di alimenti da 1 fino a 20 anni si calcolano per 30 anni, da 20-25 anni 28, da 25-30 anni 25, da 30-35 anni 22, da 35-40 anni 20, da 40-50 si computano tanti anni per quanti ce ne vogliono per giungere a sessanta meno uno, da 50-55 anni 9, da 55-60 anni 7, dai 60 in poi anni 5. Se si tratta di usufrutto da 1-30 anni 30, e dai 30 altrettanti anni quanti mancano per giungere ai 60 (u).

(r) L. 30. pr. L. 73. pr. h. t. — Ved. not. (l). §. 2. Inst. h. t.

(s) L. 15. §. 6. L. 24. §. 1. L. 88. §. 1. h. t.

(t) L. 3. §. 2. h. t. *Paul.* Item si Reipublicae in annos singulos legatum sit, quum de lege Falcidia quaeratur, Marcellus putat, tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes eius summae, quae legata est, colligendas.

(u) L. 68. h. t. *Aemil. Macer.* Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur, eiusque quantitatis Falcidia praestetur; ab annis vero viginti usque ad annum vicesimumquintum, annorum vigintiocto; ab annis vigintiquinque usque ad annos tri-

Questo calcolo è necessario nel concorso di più legatarii, onde fa bisogno calcolare la *quarta* rispetto a tutti, ovvero quando già la prestazione del primo anno offenda la quarta dell'erede; se no, le annualità devono esser pagate per intiero, e solo giungendo all'annualità che lede la *quarta*, in un modo retrogrado si diminuiscono le prestazioni di ogni singolo anno (vv).

III. I mezzi per cui l'erede fa valere contro i legatarii le regole della Falcidia sono diversi secondo i casi:

1) Se la cosa legata è tuttora presso l'erede, questi può ritenerla finchè non se ne deduce la *quarta;* se si dubita spettargli tale sottrazione, o la *quarta*, la cosa dev'esser consegnata al legatario, ma l'erede può pretendere da lui una cauzione, per cui, se dal legato la *quarta* gli è veramente lesa, gli si restituisse il dippiù (v).

2) Se l'erede per errore di fatto scusabile abbia pagato al legatario tutto intero il legato senza dedurne la *quarta,* potrà esercitare la *condictio indebiti* per conseguire quello che avrebbe potuto ritenere (x).

3) Se abbia pagato indotto per frode dal legatario si servirà dell'*actio de dolo* (y).

4) Finalmente se l'oggetto è in possesso del legatario per propria autorità di lui, l'erede avrà l'*interdictum quod legatorum,* ovvero potrà rivendicare la parte che gli sarebbe spettata, ma, se le cose non fossero corporali, avrà un'*actio in factum* (z).

ginta, annorum vigintiquinque; ab annis triginta usque ad annos trigintaquinque, annorum vigintiduo; ab annis trigintaquinque usqoe ad annos quadraginta, annorum viginti; ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit, remisso uno anno; ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum, annorum novem; ab annis quinquagintaquinque usque ad annum sexagesimum, annorum septem; ab annis sexaginta, cuiuscunque aetatis sit, annorum quinque; eoque nos iure uti Ulpianus ait, et circa computationem ususfructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate usqoe ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri; ab annis vero triginta tot annorum computationem inIri, quot ad annum sexagesimum deesse videntur; nunquam ergo amplius, quam triginta annorum computatio initur. Sic denique, et si Reipublicae ususfructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.

(vv) L. 47. 55. h. t. *Ulp.* Lex Falcidia, si interveniat, in omnibus pensionibus locum habet. Sed hoc ex postfacto apparebit, utputa in annos singulos legatum relictum est; quamdiu Falcidia nondum locum habet, integrae pensiones annuae dabuntur; sed enim, si annus venerit, quo fit, ut contra legem Falcidiam ultra dodrantem aliquid debeatur, eveniet, ut retro omnia legata singulorum annorum imminuantur.

(v) L. 15. §. 1. h. t.—L. 1. pr. §. 11. L. 3. 5. si quis plus. quam L. Falc. (35. 3.).

(x) L. 9. C. h. t. *Gord.* Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet; quin etiam si ius ignoraverit, cessat repetitio.

(y) L. 23. de dolo malo (4. 3.).

(z) L. 26. pr. h. t. *Scaev.* Lineam margaritorum trigintaquinque legavit, quae linea apud

IV. Vi sono persone alle quali non vien concesso il beneficio della legge Falcidia. I motivi di questa eccezione derivano dalle condizioni personali del testatore, o dell'erede, o dalla qualità stessa del legato.

1) Per motivi che nascono dalla persona del testatore si notano nelle leggi i seguenti casi:

a) Per privilegio non è permesso di sottrarre la *quarta* nella successione aperta per testamento militare (aa). Se un soldato avesse prima legati militari nel testamento, e quindi formatine altri pagani, da' secondi si potrà sottrarre la quarta Falcidia, la quale però non sarà la quarta parte dell'eredità, ma di ciò che avanza soddisfatti i legati militari. Nel caso poi che i legati del testamento militare esauriscono tutto il patrimonio, saran proporzionalmente diminuiti sol di tanto che basti a soddisfare quelli del testamento pagano (bb).

b) Nel diritto anteriore a Giustiniano il testatore non poteva vietare l'uso della legge Falcidia: ma Giustiniano gli concesse anche questa facoltà, di guisa che la *quarta* non si può sottrarre contro la volontà del testatore. Tutto ciò può essere comandato dal testatore tanto espressamente, quanto mediante comando di non alienare le cose legate (cc).

2) Non si sottrae la *quarta* per motivi personali dell'erede:

a) Quando questi espressamente o tacitamente vi rinuncia, ossia tanto se egli promette di pagare i legati senza far uso della legge Falcidia, quanto se egli scientemente ha soddisfatto tutto intiero il legato (dd). Se

legatarium fuerat mortis tempore; quaero, an ea linea heredi restitui deberet propter legem Falcidiam. Respondit, posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac, si malit, posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere. Quaesitum est, an pretium statuarum Falcidiam pati debeat. Respondit, debere. — L. 77. §. 2. de legat. (31.).

(aa) L. 7. C. h. t *Alexand.* In testamento quidem militis ius legis Falcidiae cessat. Sed ea, quae ad vos pertinentia defunctus tenuit, bonorum eius videri minime possunt, et ideo recte rationem eorum, ut aeris alieni, haberi desiderabitis. — L. 12. C. de test. mil. (6. 2.). — L. 3. §. 1. ad SC. Trebell. (36. 1.).

(bb) L. 17. §. 4. L. 18. de test. mil. (29. 1.). — L. 17. 92. 96. h. t. *Scaev.* Si post missionem faciat codicillos miles, et intra annum decedat, ex testamento, quod in militia iure militari fecit, plena legata, ex codicillis habita Falcidiae ratione praestari debere dicitur; sed res ita expedietur, si, quum quadringenta haberet, testamento quadringenta, codicillis centum legaverit, ex quinta parte, id est octoginta, quae ad legatarium ex codicillis pervenirent, si Falcidiam non pateretur, quartam, id est viginti, heres retinebit.

(cc) Nov. 1. Nov. 2. §. 2. c. 119. c. 11.

(dd) L. 19. C. h. t. — Quum certum sit, heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem, non posse postea rationem legis Falcidiae praetendentem repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi, iubemus, hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integra legatorum solutione fecerit; quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. In utroque etenim casu, id est sive solverit, sive super hoc cautionem fecerit, aequitatis ratio similia suadere videtur. — confr. L. 46. 71. h. t. L. 20. §. 1. de donat. (39. 5.).

una tale promessa nondimeno fu fatta durante la vita del testatore, l'erede non vi resta obbligato, poichè non è possibile accettazione o rinuncia circa l'eredità di un vivente.

b) In molti casi vien negato per pena all'erede di sottrarre la *quarta*, e propriamente

aa) quando egli trascura di fare l'inventario (ee);

bb) quando egli con frode tenta di far perdere il diritto al legatario, come quando invola le cose legate; nel qual caso è regola che dal fisco venga sottratta la *quarta* che spetterebbe all'erede, onde quella porzione è considerata come non appartenente alla eredità (ff).

cc) Anche l'erede fiduciario perde il diritto alla quarta Trebellianica quando sia stato costretto ad adire l'eredità (gg).

3) Finalmente non si deduce la quarta Falcidia per la natura speciale del legato:

a) nei legati di libertà (hh);

b) nei legati di quelle cose le quali non hanno veramente un valore, come i legati di documenti (ii);

c) nel *legatum debiti* (kk);

e) nei legati diretti a soddisfare o compiere la porzione legittima (ll);

f) nei legati di quelle cose, che il marito ha provveduto alla moglie (mm);

g) finalmente nei legati *ad pias causas* (nn).

Quando il legato è dispensato da questa riduzione le conseguenze di una tale eccezione possono essere di tre specie.

a) O l'erede a cagione di una simile eccezione ha facoltà di ridurre più fortemente gli altri legati tanto da rinfrancarsi di quel che non potette dal primo ridurre: questo caso è rammentato dalla legge Falcidia (oo).

(ee) L. 22. §. 14. C. de iur. delib. (6. 30.). Nov. 1. c. 2.

(ff) L. 59. pr. h. t. *Modest.* Beneficio legis Falcidiae indignus esse videtur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat. — L. 6. de his, quae ut ind. (34. 9.). — L. 24. pr. h. t.

(gg) L. 4. 14. §. 4. L. 27. §. 14. ad SC. Trebell. (36. 1.).

(hh) L. 33. 35. 36. §. 3. h. t. *Paul.* Si servus tibi legatus sit, eumque rogatus sis manumittere, nec praeterea capias, unde quartam, quae per Falcidiam retinetur, recipere possis, Senatus censuit, cessare Falcidiam.

(ii) L. 15. C. h. t.

(kk) L. 57. 81. §. 1. h. t. *Gai.* Dos relegata extra rationem legis Falcidiae est, scilicet quia suam rem mulier recipere videtur.

(ll) L. 36. pr. C. de inoff. test. (3. 28.). — confr. L. 87. §. 4. de legat. (31.).

(mm) L. 81. §. 2. h. t. *Gai.* Sed et de his quoque rebus, quae mulieris causa emtae, paratae essent, ut hae quoque extra modum legis essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum est.

(nn) Nov. 131. c. 12.

(oo) L. 88. §. 1. 2. h. t. L. 6. fin. de fideicom. libert. (40. 5.). *Paul.* Decem legata sunt,

b) O la eccezione del legato va esclusivamente a carico dell'erede, di guisa che questi potrà sottrarre solo la *quarta* rispetto agli altri legati non eccettuati: questo avviene quando l'erede in favore del legatario rinuncia al suo diritto di sottrazione, o quando tale diritto è tolto all'erede come indegno (pp).

c) O finalmente l'eccezione di cui si tratta può avere la conseguenza che il legato privilegiato si prelevi anteriormente dall'eredità, come fosse un debito di questa, e l'erede, se è il caso, farà uso della legge Falcidia proporzionalmente alla successione così ridotta sopra gli altri legati. Questo avviene massimamente nella successione di un soldato che ha lasciato legati nel testamento militare, ed altri da pagano (qq); pe' legati ad *pias causas* (rr); pe'legati di quelle cose che il marito ha appositamente procurate alla moglie (ss); finalmente per quei legati, i quali sono destinati a soddisfare o compiere la porzione legittima.

ANNOTAZIONE

L'applicazione delle regole della legge Falcidia al caso della sostituzione pupillare, come quella che offre molte difficoltà, merita speciale considerazione.

Al proposito fa mestieri stabilire il principio che i legati imposti al sostituto pupillare, gravano il patrimonio del padre, o con altre parole essi sono istituiti in *primis tabulis sub conditione*. Ciò premesso possiamo avere le seguenti combinazioni di casi:

1) Quando il pupillo è istituito erede, e tanto egli, quanto il sostituto pupillare sono gravati di legati, secondo il principio testè enunciato, si ha la massima: *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*, la quale altrimenti suona così: la quarta Falcidia si computa in guisa, che il complesso dell'eredità paterna, qual è al punto della morte del padre, sia fondamento della computazione; quindi se la somma di tutti i legati, tanto di quelli messi a carico del pupillo, quanto di quelli imposti al sostituto, supera i 3|4 dell'eredità, i legati tutti vengono in proporzione diminuiti. Ora meditata a fondo questa massima , vi si notano tre principii : cioè 1) in primo

et rogatus est legatarius Stichum emere et manumittere; Falcidia intervenit, et minoris emi servus non potest; quidam putant, dodrantem accipere debere legatarium, nec emere compellendum. Iidem putant, etiam si suum servum rogatus sit manumittere, et dodrantem ex legato acceperit, non esse compellendum manumittere. Videamus, ne utique in hac specie aliud dicendum sit; sed in superiore sunt, qui putant, cogendum legatarium redimere servum, et se oneri subiecisse, dum accepit vel dodrantem. Sed si paratus sit retro restituere, quod accepit, an audiendus sit, videndum. Sed cogendus heres tota decem praestare, perinde atque si adiecisset testator, ut integra praestentur.

(pp) L. 24. pr. L. 46. 59. 71. h. t.—L. 6. de his quae ut indign. (34. 9.).

(qq) L. 17. §. 4. L. 18. de test. mil. (29. 1.). — L. 17. 92. 96. h. t.

(rr) Nov. 131. c. 12.

(ss) L. 81. §. 2. conf. col. §. 1. h. t.—L. 87. §. 4. de legat. (31.).—L. 36. C. de inoff. test. (3. 28.). — Conf. L. 22. §. 1. 2. h. t. — Ved. *Arndts*, Pand. §. 567. — *Vangerow*, o. c. §. 538. In contr. *Puchta*, Pand. §. 549.

luogo vien considerata solo l'eredità paterna, non il patrimonio del pupillo altronde proveniente; 2) in secondo luogo il tempo per la computazione della *quarta* è la morte del padre, e però l'aumento o la diminuzione dell'eredità paterna seguita di poi non rileva; 3) finalmente che tutti i legati sono intesi come aggravanti la condizione del medesimo erede (a). Questi tre principii menano lucidamente alla conseguenza che il sostituto soddisfar dee i legati suoi e del pupillo, e si serve della legge Falcidia computando il patrimonio al momento della morte del padre. Ciò posto, è possibile che quando egli entra nell'eredità dopo morto il pupillo nell'impubertà, può lucrare più che la quarta parte soddisfatti i legati; ovvero può non restargli nulla dell'eredità, specialmente quando dopo la morte del padre l'eredità siasi diminuita; sicchè è consumato quanto avrebbe dovuto lucrare, onde, pagando i legati, non gli rimane nulla dell'eredità. Anzi è anche probabile che quel ch'è scemato importi più di quanto si sarebbe dovuto dare ai legatarii, dedotta la *quarta*, ed allora il sostituto pupillare sarà obbligato di pagare anche *de proprio*, per la ragione che i legati debbono essere pagati secondo il valore del patrimonio al tempo della morte del testatore. Valga per esempio il caso che l'eredità del padre somma a 1000, e ad 800 i legati imposti al figlio ed al sostituto, dedotta una volta sola la *quarta*, all'erede spetterebbe secondo le regole generali 250, ed ai legatarii 750. Se, ereditando il sostituto, il patrimonio trovasi di 1000, egli pagherà i legati per 750, lucrerà sull'eredità 250; ma se il patrimonio è ridotto appunto a 750, non gli è più lecita altra sottrazione, e pagherà ai legatarii l'intiera somma di 750, niente lucrando per sè: e se, ciò ch'è possibile, non più sussista che la somma di 700, il sostituto non solo non guadagna, ma deve pagare 50 *de proprio*. Questo sembra essere il vero significato della legge 11. §. 5. h. t. di Papiniano, di cui tanto s'è discorso, la quale, se s'intende col principio enunciato in fine: *quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur* (b), si vedrà chiarissima.

Affinchè si potesse giuridicamente giungere a questo risultato fa mestieri stabilire: che allora i sostituti pupillari han diritto al beneficio della legge Falcidia, quando lo ha già il pupillo istituito, come nel caso addotto. Ma è dubbio, anzi si avrà il risultato contrario quando vi sieno più sostituti, e ad uno di essi sia imposto un legato, il quale, supponendolo pure a carico del pupillo e sommato quindi con quelli di cui è gravato costui, non sovreccedesse la *quarta* del patrimonio, onde al pupillo non spettasse di ridurlo: imperocchè questo legato, per regola, non dovrebbe ridursi mai, quand'anche superasse il quarto della porzione propria del sostituto: *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*. Così, supposto che il patrimonio del padre al momento della morte valesse 400, che gli sia istituito erede il figlio e gravato di un legato di 200; che gli sia sostituito pupillarmente Tizio e Caio, e che sulla porzione del primo il padre imponesse un legato di 100: applicando a questo caso la regola

(a) L. 79. h. t.—L. 1. §. 1. si cui plus quam leg. Falc. (35. 3.). *Gai.* In duplicibus testamentis, sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, quum moreretur, habuerit nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel acquisierit aliquid, vel deminuerit, sive de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis, quam ea, quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tanquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset.

(b) Ved. *Govean.* comm. ad in tit. ad leg. Falc. in op. omn. pag. 184. Glossa ad h. t. — *Cuiac.* oper. omn. IV. pag. 760. in libr. XXIV. Quaest. Papin. ad h. t. — *De Pforden*, dissertaz. di dr. delle pand. Erlang. 1840. — *Vangerow*, arch. di prat. civ. XXXVI, pag. 317.

generale risulta che riuniti i due legati in una somma, ossia 300, non superano la *quarta* del pupillo, e perciò non essendo per costui caso di legge Falcidia, non sarà neppure per Tizio. Conseguenza di un tale principio sarebbe che Tizio il quale entra con l'altro sostituto nell'eredità del padre riceve 200, de' quali dovrebbe pagare 100 pel legato caricatogli direttamente, e 100 per la porzione del legato imposto al pupillo, ossia dovrebbe dare tutta la sua porzione ai legatarii senza avere nessun diritto di riduzione in suo favore: Caio all'incontro dei suoi 200 ne pagherebbe soli 100 al legatario del pupillo.

Nondimeno questo caso è deciso nelle leggi romane tutto all'apposto, dandosi a quel sostituito il diritto di dedurre per la sua porzione la quarta Falcidia; di guisa che Tizio avrebbe facoltà di dedurre 50, ed il resto ripartirlo in proporzione tra i legatarii. *Gaio* decide *sic et simpliciter* in quest'ultimo modo la questione (c), ma *Papiniano* tratta lo stesso caso profondamente, ed argomentando dai suoi dubbii, e dal modo come egli si sforza a dimostrare la sua tesi, si congettura essere stato questo caso molto controverso presso gli antichi giureconsulti romani (d).

In quest'ultima legge Papiniano pone due casi: 1) quando i legati stessi soprecedessero i 3|4 della porzione del sostituto, e dapprima riconosce che secondo il principio innanzi accennato (L. 11. §. 5. h. t.) bisognerebbe negargli il diritto di riduzione, non essendovi per lo stesso istituito pupillo *(quam pupillus non haberet);* ma dopo un esame più accurato, egli prosegue, bisogna pure risolversi al contrario, cioè che il sostituto così sopraggravato, abbia facoltà di valersi anche rispetto alla sua porzione della legge Falcidia. Imperocchè nel principio che il sostituto del pupillo dev'essere considerato come istituito dal padre, consistono altri principii; come quello di computare il patrimonio del padre non del figliuolo, e l'altro che i legati a carico del sostituto e quelli a carico dell'istituito, devono essere insieme sommati; e perciò quando vi sono più sostituti, esclusa per così dire ogni altra persona che sta tra essi ed il testatore, debbono essere riguardati come istituiti nel testamento del padre. E per questa via il diritto di sottrarre una speciale quarta Falcidia rispetto alla porzione del sostituto aggravata oltre tre quarti può essere giustificata.

(c) L. 80. pr. h. t. *Gai.* Si is, qui quadringenta in patrimonio habebit, filio impubere herede instituto ducenta legaverit, eique Titium et Seium heredes substituerit, et a Titio centum legaverit, videamus, quid iuris sit, si nondum solutis legatis pupillus decesserit, et ob id ea legata utrique deberent. Solus heres Titius utetur lege Falcidia; quum enim ducenta ex hereditate pupilli ad eum pertineant, ducenta legatorum nomine debet, centum ex ducentis, quae pupillus debebat, centum, quae ipse dare iussus est; itaque ex utraque quantitate quarta deducta habebit quinquaginta. In persona vero Seii lex Falcidia non intervenit, quum ad eum ex hereditate pupilli ducenta pertineant, et debeat legatorum nomina centum ex ducentis, quae a pupillo relicta sunt. Quodsi pupillus solvat legata, debent curare tutores pupilli, ut caveant legatarii.

(d) L. 11. §. 5. h. t. *Papinian.* Quod vulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire, ne substitutus quidquam retineat, velut longe plus habeat quartae paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suffecisset? De suo quadrante nimirum dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo, nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, quum in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.

A questo caso segue un altro nel passo di *Papiniano*. 2) Quando non già per eccesso di legati diretti allo stesso sostituto, ma pel concorso di questi e di quelli imposti al pupillo, sieno superate le tre quarte parti della porzione del sostituto, pure allora questi deve avere il diritto di riservarsi la quarta Falcidia. Ma non basta il principio che giustifica il primo caso; poichè in quello si supponeva che i legati gravassero la porzione del sostituto, e però considerando lui nel medesimo tempo erede del padre, era logica quella conseguenza; in questo supponesi al contrario che la porzione del sostituto non fosse gravata, ma il divenisse pel concorso dei legati. La ragione invece è, segue Papiniano, che se si ammettesse il contrario, cioè che in questo caso il sostituto non abbia facoltà di riservarsi la quarta Falcidia, vi sarebbe contraddizione con la nota massima *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari.*

Onde il risultato del passo di Papiniano è il seguente; quando vi sono più sostituti ed uno di essi è gravato di legati, entrato il pupillo nell'eredità paterna, se i legati esauriscono oltre ai tre quarti, il sostituto avrà facoltà di dedurre la quarta Falcidia, perchè deve tenersi come erede diretto del padre; se poi non è gravato rispetto alla sua porzione di sostituto, ma per un concorso di legati, anche bisogna che gli si concede la facoltà di sottrarre la quarta Falcidia, perchè i legati tanto dell'istituito quanto del sostituto devono essere insieme composti.

2) Quando invece il pupillo è diseredato, allora si potrà dire di essere gravato il sostituto, quando egli sia istituito nel testamento del padre. Ora la porzione del sostituto può essere gravata pei legati fatti o *in primis tabulis* o *in secundis tabulis*, ed in entrambi i casi vale la regola che si ha riguardo all'eredità del padre e non a quella del pupillo; quando il sostituto sia gravato tanto *in primis* quanto *in secundis tabulis*, i legati sono insieme computati (e).

3) Se al pupillo istituito nel testamento del padre sia un coerede sostituito si possono dare i seguenti casi:

a) I legati possono essere ordinati solamente nel testamento paterno, *in primis tabulis*, e se il pupillo ne è onerato, la quarta Falcidia vien computata separatamente sulla porzione del pupillo e così sottratta (f); al contrario se la porzione del sostituto è gravata oltre la misura, si ricongiungono entrambe le porzioni allo scopo della quarta Falcidia (g). Finalmente quando ciascuna delle due porzioni è gravata bisogna por mente qual sia la più gravata; se quella del pupillo, le porzioni vengono

(e) L. 10. 11. §. 8. L. 87. §. 7. b. t. *Papinian.* Si quis exheredato filio substituit heredem institutum, et ab eo tabulis quoque secundis legaverit, necessario ratio confundetur, quum ideo legata valere dixerit Iulianus a substituto relicta, quod idem patri heredes extiterit.

(f) L. 11. §. 7. L. 87. §. 4. b. t. *Papinian.* Quaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset, quemadmodum legis Falcidiae ratio inquiri debeat, et quale sit, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam. Dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem, quum communi calculo subiiciantur, et invicem inducant contributionem; sed legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere, ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat, ut institutus; et aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur; ibi enim legatorum confundi rationem non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus; neque referre, pure saepe, an sub diversis conditionibus sit heres institutus.

(g) L. 87. §. 5. b. t. — Ved. not. (g).

divise e separatamente sottratta la *quarta*, se quella del coerede le due porzioni si compongono (h).

b) Quando furono lasciati i legati in *secundis tabulis*, ossia quando il padre ha gravato il sostituto in questa qualità, vengono congiunte le porzioni d'istituzione e di sostituzione, poichè il sostituto non è altro che l'istituito *sub conditione* (i).

c) Finalmente quando i legati siano ordinati tanto *in primis* quanto *in secundis tabulis*, le porzioni vengono riunite, e da tutti i legati si sottrae una sola quarta Falcidia (k).

§. 293.

C. Diritti del legatario.

1) Avvenuto l'acquisto del legato *(dies venit)*, il legatario ha diritto di pretendere dall'erede la cosa legata con ogni sua pertinenza, nè questi potrebbe dare una cosa diversa (a).

Tutte le azioni inerenti alla cosa legata non che le servitù, le quali si estinsero mediante confusione, devono essere concesse al legatario (b).

L'erede non è obbligato a prestare gl'interessi e i frutti *percipiendi* se non dal momento della mora; eccetto che si tratti di legati per causa pia, chè in questo caso si dovranno gl'interessi e i frutti dalla morte del testatore, e quest'obbligo è del doppio se vengono trattenuti e negati (c). Il legatario deve ricevere l'oggetto legato con tutti i pesi inerenti, per conseguenza quando sulla cosa grava una servitù, il legatario non può esserne liberato, salvo che sia così espressamente ordinato dal testatore, o che vi gravi un usufrutto; in questo sol caso il legatario ha diritto di ricever la cosa libera dalla servitù personale (d).

L'erede è obbligato a prestare la *diligentia in suis rebus*, e sol quan-

(h) L. 87. §. 8. h. t.

(i) L. 41. §. 6. de vulg. et pup. subst. (28. 6.).

(k) Confr. L. 87. §. 5. h. t. L. 11. §. 7. eod.

(a) L. 51. 71. §. 4. de legat. (30.). — L. 11. §. 17. de leget. (32.).

(b) §. 18. 19. Inst. de leget. (2. 20.). — L. 21. 24. §. 2. L. 84. §. 4. L. 116. §. 4. de legat. (30.). *Pomp.* Si quis post testamentum factum fundo Titiano legato partem aliquam adiecerit, quam fundo Titieno destinaret, id, quod adiectum est, exigi a legatario potest; et similis est causa alluvionis, et maxime si ex alio agro, qui fuit eius, quum testamentum faceret, eam partem adiecit. — L. 10. de legat. (31.). — L. 16. 91. §. 5. 6. de legat. (32.). — L. 15. pr. ad leg. Aquil. (9. 2.).

(c) L. 23. 39. §. 1. de legat. (30.). *Paul.* Si quis bonorum partem legaverit, ut hodie fit, sive fructibus restituitur, nisi mora intercesserit heredis.—L. 18. pr. ad SC. Trebell. (36. 1.).— L. 1. 4. C. de usur. et fruct. (6. 47.). — §. 19. 23. 26. Inst. de act. (4. 6.). — §. 1. Inst. de poen. tem. litig. (4. 16.).

(d) L. 69. §. 3. de legat. (30.). *Gai.* Si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet. Quodsi ita legatus sit: *uti optimus maximusque*, liber praestandus est. — L. 26. 66. §. 2. h. t.

do egli stesso ne ritragga vantaggio, è tenuto di colpa lata; sarà obbligato anche per caso fortuito se trovasi in mora (e).

L'erede non sarà obbligato mai a pagare il prezzo della cosa legata sia che questa vada perduta per caso fortuito, sia che cessi dal commercio (§. 288.). Pure vi sono a questo principio le seguenti eccezioni:

a) quando l'atto giuridico pel quale il testatore acquistò quella proprietà fu annullato (f);

b) se in forza del diritto di pegno il creditore vendette la cosa legata (g);

c) finalmente quando l'erede alienò l'oggetto medesimo, ignorando essere legato (h).

2). Questo diritto del legatario contro l'erede è assicurato mediante un pegno legale, sopra quei beni che l'erede lucrò per la successione (i).

3) Per questi due diritti, ossia per l'obbligazione nascente dall'acquisto della eredità e del legato *(quasi ex contractu)* e per l'ipoteca legale, spettano al legatario l'*actio personalis ex testamento*, la quale suppone assolutamente un testamento, e l'*actio legati;* oltre a ciò, se col legato fu trasmessa altresì immediatamente la proprietà, vi sarà la *rei vindicatio:* più l'*actio hypothecaria*.

Queste azioni concorrono elettivamente, sicchè, prodotta una di esse, cessano le altre (k).

(e) L. 26. §. 1. L. 47. §. 5. 6. L. 48. §. 1. L. 108. §. 11. 12. de legat. (30.). *Ulp.* Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est, an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? quod verius est. Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi; quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit, potuit enim eum acceptum legatarius vendere. — L. 3. C. de usur. et fruct. (6. 47.).

(f) L. 78. §. 1. de legat. (31.). *Papinian.* Quum post mortem emtoris venditionem Reipublicae praediorum optimus maximusque Princeps noster Severus Augustus rescindi heredibus pretio restituto iussisset, de pecunia legatario, cui praedium emtor ex ea possessione legaverat, coniectura voluntatis pro modo aestimationis partem solvendam esse respondi.

(g) L. 6. C. de fideicomm. (6. 42.). *Alexand.* Praedia obligata, per legatum vel fideicommissum relicta, heres luere debet, maxime quum testator conditionem eorum non ignoravit, aut, si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. Sin vero a creditore distracta sunt, pretium heres exsolvere cogitur, nisi contraria defuncti voluntas ab hereda ostendatur.

(h) L. 63. 89. §. 7. de legat. (31.). *Callistr.* Si heres rem legatam ignorans in funus consumsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet, nec dolo malo fecit, quominus possideret, sed per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur.

(i) L. 1. 2. C. de legat. (6. 43.). *Iustinian.* Quum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare, et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt, non ab re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare, quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci.

(k) L. 1. C. com. de leg. et fideicom. (6. 43.).

4) Quando l'adempimento del legato è ritardato da una condizione o da qualunque altro impedimento, il legatario può pretendere, che l'erede presti cauzione per sicurezza del legato; questa cauzione è conosciuta col nome di *legatorum servandorum causa* (l). In caso che l'erede fosse restio a prestare la detta cauzione, il legatario può chiedere di essere immesso nel possesso delle cose ereditarie; e se neppure cosl otteneva la cauzione, nè ne' sei mesi dopo aver chiamato l'erede in giudizio riceveva il legato, teva egli chiedere di essere immesso nei beni proprii dell'erede *(missio in possessionem Antoniana)* (m).

La suddetta cauzione non ha luogo quando il testatore espressamente ne dispensò l'erede; e quando il legatario espressamente o tacitamente vi abbia rinunziato (n): non ha luogo per motivi speciali: come pel fisco, per le cose publiche, pel padre (o): nè quando il diritto sia sicuro per alpotra via (p).

V. Della nullità dei legati.

A. Motivi di nullità.

§. 294.

1) Per nullità del testamento.

Sempre quando il testamento s'invalidi (§. 243.), mancano insieme i legati; cosl il testatore con la formazione di un novello testamento distrugge tutti i legati contenuti nel primo; cosl quando tutti gli eredi isti-

(l) Ved. T. D. Ut legatornm servand. caus. (36. 3.). — Ut in poss. legat. (36. 4.). — T. C. ut in possess. legat. (6. 54.).

(m) L. 5. §. 16. b. t. (36. 4.). *Ulp.* Imperator Antoninus Augustus rescripsit, certis ex causis etlam in propria bona beredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos; si post sex menses, quum aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatnm est, inde fructns perceptnros, quoad volnntati defunctornm satisfiat. Quod remedinm servaretnr et adversus eos, qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt.

(n) L. 2. 7. C. h. t. (6. 54). — L. 18. h. t. (36. 3.). *Scaev.* Quae filium legitimnm relinquebat, patrem eundemqne coniibertum ex asse seripsit heredem, fideique eius commisit, ut, quidquid ad enm ex hereditate elus pervenisset, qnum moreretur, restitueret filio testatricis, nepoti sno, et haec verba adiecit: *satis a Seio patre meo exigi veto;* quaesitum est, quum iste Seius substantiam suam dissiparet, et vereretur pater fideicommissarii, ne inane fideicommissnm constituatur, au ad satisdationem fideicommissi nomine patrem defunctae compeliere possit. Respondit, secundum ea, quao proponereutnr, uon compeliendum cavere. — L. 46. de pactis (2. 14.).

(o) L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. L. 7. h. t. *Ulp.* Sl ad fiscnm portio hereditatis pervenerit, cessabit ista stipniatio, quia uec solet fiscus satis dare.

(p) L. 1. §. 2. h. t. (36. 4.). *Ulp.* Si debitori lIberatio sit relicta, non est exlgenda cautio, quia babet penes se legatum; qulppe al conveniatur, exceptione doll mali uti possit. — L. 1. §. 11 h. t. (36. 3.).

tuiti rinunciano all'eredità, onde il testamento è *destitutum*, cessano altresì i legati e quelli messi nel testamento e quelli ordinati in un codicillo (a).

La regola che quando ninno eredita per un testamento sono nulli tutti i legati, è eccettuata:

1) Quando al testamento sia aggiunta la clausola codicillare (§. 287.): ovvero quando il testatore faccia giurare ai suoi eredi legittimi istituiti di pagare alcuni legati; nei quali casi l'erede è obbligato di pagare i legati, anche quando il testamento s'invalidi (b).

2) Quando l'erede istituito sol per frodare il legatario ripudia l'eredità testamentaria: o non adempia ad una condizione potestativa, ovvero non accetta, potendolo, la *bonorum possessio secundum tabulas cum re*, quando il testamento sia nullo solo *iure civili* (c). Quando vi è questo proposito nell'erede, è concesso al legatario dal Pretore un'azione contro l'altro, purchè nondimeno questi per altra via sia venuto in possesso dell'eredità, ovvero di una parte, od almeno in possesso di alcune cose dell'eredità medesima (d). Oltre a ciò ai legatari è concessa un'altra azione contro i terzi i quali mediante il ripudio dell'erede sono venuti nel possesso delle cose legate (e): ma questi diritti non spettano che ai legatarii, ma non già anche a chi avrebbe lucrato qualche cosa se l'erede accettava (f).

3) Quando il testatore abbia testato nell'erronea credenza che i suoi eredi legittimi fossero morti: qui il testamento è nullo, ma gli eredi *ab intestato* sono tenuti a soddisfare i legati nel detto testamento contenuti; ed altresì quando siasi formato un secondo testamento credendo erroneamen-

(a) L. 9. de test. tut. (26. 2.). — L. 3. §. 2. L. 16. de iur. cod. (29. 7.). *Iulian.* Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex huiusmodi codicillis nullius momenti erit. — L. 1. §. 1. de legat. (32.). — L. 181. de R. I. L. 2. C. si quis omn. caus. (6. 39.). — L. 14. C. de fidei comm. (6. 42.).

(b) L. 77. §. 23. de legat. (31.). *Popinian.* Filius matrem heredem scripserat, et fideicommissa tabulis data cum iurisiurandi religione praestari rogaverat, quum testamentum nullo iure factum esset; nihilominus matrem legitimam heredem cogendam praestare fideicommissa, respondi, nam enixae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae videbantur.

(c) L. 1. §. 6. 8 lect. siquis omiss. caus. (29. 4.). — L. 17. de inl. rupt. test. (28. 3.).

(d) L. 13. 16. 17. si quis omiss. (29. 4.). — Confr. L. 1. por. §. 9. L. 6. §. 7. b. t. (29. 4.).

(e) L. 10. pr. eod. *Ulp.* Si non solus, sed cum alio possidet hereditatem is, qui omisit causam testamenti, rectissime Iulianus ait, quod et Marcellus probat, dandam in ipsum quoque legatorum actionem utilem; nec enim aspernari debet, obesse sibi factum heredis scripti, cui etiam profuerit. Hoc autem ita est, nisi si pecuniam accepit is, qui omisit causam testamenti, tunc enim in solidum tenebitur. — Confr. L. 4. §. 1. eod.

(f) L. 8. 9. b. t. *Ulp.* Si quis sub conditione dandorum decem, vel qua alia, quae in dando vel in faciendo fuit, heres institutus omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, videndum est, an huic, in cuius persona conditio collata est, subveniri debeat; et magis est, ne subveniatur neque enim legatarius est. L. 9. *Paul.* Sed et si adhuc parendi conditioni tempus habeat, hac parte edicti non tenetur.

te che l'erede istituito nel primo fosse morto; anche qui l'erede anteriore soddisfarà i legati dell'ultimo testamento (g).

4) Quando il testamento sia annullato dalla *bonorum possessio contra tabulas;* imperocchè resta efficace qualche legato (§. 254.).

5) Quando l'eredità sia vacante; poichè il fisco è obbligato alla prestazione dei legati contenuti nel testamento (h).

2) Per motivi inerenti al legato stesso.

§. 295.

a) Nullità de' legati fin dal principio; regola Catoniana.

TT. D. de his quae pro non scriptis habetur (34. 8.). De regula Catoniana (34. 7.).— *Balduini*, comm. ad reg. Cat. ved. — *Heinn.* Iurispr. Rom. et Att. I. p. 418. — *Ant. Faber.* coniect. XII. 19. — *Maiansii*, disputat. tom. II. p. 144. — *Harnier*, de regula Catoniana, Heidel. 1820.

1) I legati sono nulli fin dal principio quando mancano di un requisito indispensabile alla loro esistenza; e così sono nulli di per sè:

a) se il legatario era incapace, o non era in vita quando fu istituito il legato (a);

b) se fin dalla sua origine il testamento era invalido (b);

c) se l'obbietto del legato non si poteva legare;

d) se fu apposta una condizione tale che ne toglie l'effetto;

e) se il legato fu istituito sotto il potere del dolo o della violenza.

2) Per questi motivi di nullità vale la regola Catoniana, il cui concetto è: devesi supporre che il testatore sia morto appena testato; e per conseguenza se in un legato evvi un motivo d'invalidità, questo permane non ostante che il testatore non fosse morto veramente dopo testato, e che il motivo d'invalidità cessasse durante la vita di lui (c): questa regola non è che la nota massima, *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (d). Volendo più da vicino considerare la regola Catoniana nelle sue applicazioni si avrà che:

(g) L. 28. de inoff. test. (5. 2.). — L. 92. de hered. instit. (28. 5.).

(h) L. 96. §. 1. de legat. (30.). *Iulian.* Quoties lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata, et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres a quo relicta erant.

(a) Ved. §. 282. L. 4. pr. h. t. (24. 8.).

(b) Ved. §. 293.

(c) L. 1. pr. h. t. *Cels.* Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere; quae definitio in quibusdam falsa est.

(d) L. 29. de R. I.

a) Quando siasi altrui legato puramente una cosa *extra commercium*, il legato rimane nullo, quantunque durante la vita del testatore quella cosa fosse venuta in commercio (§. 288.).

b) Quando a qualcuno sia stata legata la cosa propria di lui, il legato rimane invalido, quantunque l'oggetto fosse stato alienato durante la vita del testatore (§. 288.).

c) Quando il testatore abbia lasciato qualche cosa al suo schiavo, il legato sarà sempre nullo, anche quando lo schiavo fosse stato alienato, o manomesso vivente il testatore (e).

d) Quando al legatario manca la *testamenti factio passiva* nel tempo che fu il legato istituito, questo legato rimane sempre nullo, abbia pure il legatario acquistata la *testamenti factio* durante la vita del testatore.

3) Questa regola Catoniana nei testamenti ha applicazione solamente per quei legati, dei quali il *dies cedit* alla morte del testatore: nei legati di altra natura infatti, anche pensando che il testatore fosse morto dopo testato, resterebbe nondimeno un certo tempo utile, nel quale i vizii dei legati, potrebbero essere tolti; onde la regola Catoniana è inapplicabile. Questo è il caso dei legati condizionali, nei quali il *dies cedit* non al momento della morte del testatore, ma al seguito della condizione (f). Oltre ai condizionali vi sono legati, nei quali il *dies cedit* non al momento della morte del testatore, ma al tempo dell'acquisto della eredità, nè ad essi la regola Catoniana potrà applicarsi (g). Con tutto ciò è naturale il pensare che, quando nel testamento gli eredi istituiti non fossero estranei, ma *sui heredes*, poichè l'acquisto segue immediatamente nel tempo della morte del testatore, confondendosi questi due tempi, la regola Catoniana avrà valore anche riguardo alla seconda specie dei legati eccettuati.

(e) L. 89. de hered. lust. (28. 5.). *Paul.* Si soeius heres institutus sit ex asse, et servo communi legetur pure sine libertate, hoe iegatum nou consistit; piane sub conditione ei utiliter et sine libertate legabitur, quoniam et proprio servo ab herede reete sub eonditione iegatur. Quare etiam heres institui sine iibertate, ut aiienus, socio herede scripto poterit, quia et proprius cum domiuo heres iustitui poterit.

(f) L. 4. h. t, *Ulp.* Placet, Catonis reguiam ad conditiouales institutiones non pertinere.— L. 41. §. 2. de legat. (31.).

(g) L. 3. h. t. *Papinian.* Catoniana regula nou pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.

§. 296.

3) Dell'ademtio e della translatio legati.

T. I. de ademtione et translatione legatorum (2. 21.). — D. de adimendis vel transferendis legatis (34. 4.).

I. Il testatore come può rivocare tutta intera la sua disposizione, testamento o codicillo, potrà ancora quando il voglia rivocare ciascun legato (a). L'atto per cui il testatore rivoca il legato appellasi *ademtio legati.*

La rivocazione è espressa o tacita e segue in diversi modi: così quando si manifesta la volontà di rivocare il legato in un codicillo o altro testamento, ovvero per mezzo di una dichiarazione verbale innanzi a due testimoni (b): così, se il legato è ordinato in un codicillo, un altro codicillo più recente lo annulla, quando vi sia espressamente detto, ovvero quando la disposizione presa nell'ultimo è incompatibile col legato costituito nel primo (c).

Il testatore potrà altresì annullare il legato col cancellarne lo scritto, o distruggere la cosa legata cambiandola di forma, vendendola senza bisogno, o esigendo il credito se il legato era *nominis o liberationis* (d).

La rivocazione del legato è anche presunta dalla legge, specialmente quando tra il testatore ed il legatario insorse inimicizia, senza più riconciliarsi, quando il legatario ingiuriò publicamente il testatore, o quando lo stesso testatore in altro luogo del testamento disse ingrato il legatario (e).

(a) Inst. h. t. Ademtio legatorum, sive eodem testamento adimantur sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademtio (veluti si, quod) ita quis legaverit: *do lego*, ita adimatur: *non do, non lego*, sive non contrariis, id est aliis quibuscunque verbis. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: *hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego*, sive in eodem testamento sive in codicillis hoc fecerit: quo casu simul Titio adimi videtur et Seio dari.

(b) Pr. Inst. h. t.—Ved. not. pr. ec.—L. 3. §. 11. h. t.—L. 22. C. de fideicomm. (6. 42.).

(c) §. 3. Inst. de codicil. (2. 25.). — L. 6. §. 1. de iur. codicili. (29. 7.).

(d) L. 16. 18. h. t. *Modest.* Rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo extinguitur legatum; nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris, an mera voluntate donaverit, ut, si necessitate donaverit, legatum debeatur, si nuda voluntate, non debeatur; haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit. — L. 11. §. 12. L. 88. de legat. (32.). — §. 12. inst. de legat. (2. 20.).

(e) L. 3. §. 11. L. 4. 13. 20. 22. 29. h. t. *Ulp.* Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. Unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur. Et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademtum videri, quod relictum est; sin autem levis offensa, manet fideicommissum. Secundum haec et in legato tractamus doli exceptione opposita. — L. 9. §. 1. de his. quae ut indign. (34. 9.).

II. Se il testatore non rivoca il legato, ma lo muta si ha la *translatio legati:* che ha luogo in quattro modi:

1) o disponendo dello stesso legato in favore di altri;

2) o imponendolo a carico di un altro erede;

3) o cambiando la cosa legata;

4) o finalmente sottoponendo a condizione un legato puro e semplice, o per converso togliendo la condizione (f).

§. 297.

3) Nullità per altri motivi.

Il legato si annulla per varii altri motivi, come la perdita della *testamenti factio activa* da parte del testatore; la perdita della *testamenti factio passiva* da parte del legatario (a), o la mancanza della sua persona, semprechè altri non gli subentri (b); la morte del legatario prima del *dies veniens,* o la perdita della capacità al tempo dell'acquisto (c); il perimento della cosa legata sempre che non debba risponderne la persona gravata (d). Si annulla inoltre pel *concursus causarum lucrativarum,* cioè quando il legatario abbia acquistata la medesima cosa legata per causa lucrativa anzi la morte del testatore (e). Finalmente si annulla il legato mancando

(f) L. 6. pr. h. t. *Paul.* Translatio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur, ut alius det, aut quum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei, aut quod pure datum est, transfertur sub conditione.

(a) Ved. §. 282.

(b) L. un. C. de cad. toll. (6. 51.).

(c) L. 5. pr. quando dies (36. 2.). — L. 59. §. 4. de hered. inst. (28. 5.). *Cels.* Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit, aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit. Idem et in legatis, et in bonorum possessionibus.

(d) §. 16. 18. Inst. de legat. (2. 20.). — Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus fuerit, et ipse eum manumiserit, teneri eum Iulianus scripsit; nec interest, scierit an ignoraverit a se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum, et is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit, a se eum legatum esse. Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillae mortuae fuerint, partus legato cedunt. Idem est, si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint, et licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo vel manumisso vel alienato, et peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit; nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur. — L. 22. §. 2. de legat. (31.). — Confr. L. 88. de legat. (32.). — L. 22. L. 44. §. 2. 4. L. 65. §. 2. de legat. (30.). — L. 79. §. 2. de legat. (32.).

(e) §. 6. Inst. de legat. (2. 20.). . . Nam traditum est, duas causas lucrativas in eundem hominem, et in eandem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an aestimationem ex testamento consecutus est, nam si rem agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa, si aestimationem agere potest.

la condizione sotto cui fu ordinato e per regola vi è sempre sottintesa la condizione che l'eredità non venga esaurita dai debiti; eccetto se l'erede avesse trascurato il beneficio dell'inventario (f).

§. 298.

B. Conseguenza della nullità in generale, e diritto di accrescimento.

Heister, de iure accrescendi in opusc. In 8. — *Rosshirt*, de l[illegible]., I. pag. 589. — *Schneider*, il diritto di accrescimento nei legati secondo l'antico diritto civile ed il giustinianeo. — *Berl.* 1837.

Essendo il legato una successione singolare *mortis causa*, il legatario non rappresenta, come l'erede, tutta la persona del defunto, anzi egli dipendendo dall'erede non ha nulla che fare col defunto; per la qual cosa succede unicamente in quelle singole cose che a lui furono legate. Conseguenza di questo principio è, che appena il legato s'invalida, l'erede è liberato dal carico, e se vi sono molti collegatarii ognuno di essi, limitato alle singole cose legategli, non avrà facoltà di subentrare, come un erede avrebbe, nella porzione degli altri, se questi vengano a mancare. Per regola generale adunque non regge tra i collegatarii il diritto di accrescere.

1) Tale principio è eccettuato quando molti collegatarii sono scritti *coniunctim*, poichè allora essi, come i coeredi, sono limitati a vicenda rispetto alle cose legate. Ma una grande differenza esiste tra il diritto di accrescimento dei coeredi e quello dei collegatarii, ed è: che nell'istituzione dell'erede la congiunzione determina solo la preferenza di alcuni eredi, ovechè nei legati in generale non vi è diritto ad accrescere, e la congiunzione di più collegatarii è condizione *sine qua non* della esistenza di questo diritto.

2) Anche pe' legatarii, come per gli eredi, le vere congiunzioni sono di due forme, cioè la *coniunctio re et verbis* e la *coniunctio re tantum;* l'altra *coniunctio verbis tantum* non dà origine, per massima, al diritto di accrescimento (§. 268.). È da notare in questo luogo che, quando in favore di più collegatarii è disposta la medesima cosa, sicchè essi sono *re tantum coniuncti*, mancando uno dei congiunti prima di aver acquistato il legato, la parte di lui si accresce agli altri anche contro la loro volontà, libera però degli obblighi imposti al collegatario mancante; quando per contra fossero essi congiunti *re et verbis*, gli altri collegatarii sono liberi di accettare la parte che si accresce, mancando un collegatario; ma accettatala, loro si addossa inevitabilmente il carico ingiunto al collegatario man-

(f) L. 15. C. de legal. (6. 37.). — L. 22. §. 5. C. de iur. deliber. (6. 30.).

cante e succedono nel legato con preferenza dei collegatarii della prima specie.

I congiunti *verbis* non hanno mai da soli questo diritto di accrescimento, salvo che concorrano con altri congiunti delle due specie summentovate; in tal caso si terranno come gli altri congiunti (a). Del rimanente bisogna attenersi sempre alla chiara volontà del testatore (b).

VI. Di alcune specie di legati.

§. 299.

A. De legatum speciei.

Se la cosa legata è individua, il legato ha qualche particolarità, che bisogna notare.

1) Se l'oggetto determinato appartiene all'eredità, il legatario ne acquista la proprietà al momento che il *dies cedit et venit* (a): Onde egli da allora potrà rivendicarla da qualunque terzo possessore con tutte le pertinenze (b), e come rivendicante ha diritto ai frutti raccolti dal tempo che passò a lui la proprietà; ma deve insieme riconoscere i diritti dei terzi sulla cosa medesima, anche i diritti di servitù dell'erede, quantunque si potessero dire estinti per confusione dopo l'acquisto dell'eredità (c).

2) Quando l'oggetto determinato appartiene all'erede, la proprietà non passa immediatamente al legatario, ma la soddisfazione ne dev'essere chiesta (d).

(a) Ved. §. 268.—L. 1. pr. L. 11. de usufr. accresc. (7. 2.).—L. 84. §. 12. de legat. (30.). *Julian.* Quibus ita legatum fuerit: *Titio et Maevio singulos servos do, lego,* constat, eos non concursuros in eundem servum, sicuti non concurrunt, quum ita legatur: *Titio servum do, lego; Maevio alterum servum do, lego.* — L. 41. pr. de legat. (31.). — Confr. L. 66. de hered. inst. (28. 5.).—L. 142. de V. S. (50. 16.).—Ved. *Vangerow*, o. c. §. 547.—*Puchta*, pand. §. 542.—*Arndts*, §. 556. ann. 5. in contr.— *Rudorff.* giorn. stor. VI. pag. 436.—*Schneider*, l. c.—*Mühlenbruch.* III. §. 790.

(b) L. un. C. §. 11. cit.

(a) L. 1. C. comm. de legat. (6. 43.). — §. 2. Inst. de legat. (2. 20.).

(b) L. 24. §. 2 de legat. (30.).— L. 39. de legat. (31.).— L. 16. 91. §. 3. 6. de legat. (32.). *Papinian. Titio Seiana praedia, sicuti comparata sunt, do lego;* quum essent Gabiniana quoque simul uno pretio comparata, non sufficere solum argumentum emtionis, respondi, sed inspiciendum, an literis et rationibus appellatione Seianorum Gabiniana quoque continerentur, et utriusque possessionis confusi reditus titulo Seianorum accepto lati essent.

(c) L. 42. de usur. (22. 1.). — L. 45. §. 2. L. 69. §. 3. L. 116. §. 4. de legat. (30.). — L. 18. de servit. (8. 1.). *Paul.* In omnibus servitutibus, quae aditionae confusae sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eos iterum imponi. — Conf. L. 32. §. 1. de legat. (31.). — Fragm. Vat. §. 44.

(d) L. 67. §. 8. de legat. (31.). *Papinian.* Si rem tuam, quam existimabam meam, te he-

3) Quando l'oggetto determinato è d'altrui, neppure passa la proprietà, ma il legato è valido secondo che ponemmo in altro luogo (§. 288).

4) Se la cosa poi appartiene allo stesso legatario, il legato è inefficace (§. 288).

5) Passando la proprietà del *legatum speciei* immediatamente al legatario, consegue che tutto il pericolo è posto a carico suo e non dell'erede, tranne se questi fosse in colpa (e).

6) Se furono legate due cose determinate, entrambe come principali, nel caso che l'una di esse perisce, il legatario può pretendere l'altra; ma se delle due cose l' una è principale, e questa è perita, e l' altra è accessoria, non si potrà pretendere quest' ultima (f).

§. 300.

B. Del legatum generis.

Il *legatum generis* e quello, la cui cosa *non fungibilis* non è però determinata individualmente: e perchè fosse valido abbisognano due requisiti:

1) che le cose del *legatum generis* siano nell' eredità, giacchè sarebbe derisorio lasciare cose che non vi sono punto (a);

2) bisogna in secondo luogo che l' insieme del *genus* non sia tanto vago da mancare di una vera indicazione (b).

Quando il *legatum generis* è validamente ordinato, distinguasi se il testatore ha determinato o no il diritto di scelta.

1) Del primo caso ecco le regole:

a) Quando il testatore ha dato al legatario il diritto di scegliere, si ha il *legatum optionis seu electionis*, pel quale il legatario può scegliere quanto di meglio vi è (c). Quando il diritto di scelta è dato a più legatarii,

rede instituto, Titlo legem, non est Neratil Priscl seuteutlae, nec Constitutioni locus, qua cavetur, uon cogendum praestare legatum beredem; nam sneenrsum est heredibus, ue cogereutur redimere, quod testator suum existimaus reliquit; suut euim magis in legandis suis rebus, quam in alieuis comparaudis et oueraudis heredibus faciliores voluntates, qnod ln hac specie non avenit, qnum domluium rel sit apud heredem.

(e) §. 16. lust. de leg. (2. 20.). — Ved. not. (d) §. 297.—L. 45. §. 2. L. 47. §. 4. da legat. (30.).

(f) §. 17-19. Iust. da legat. (2. 20.) — Ved. uot. (d) §. 297.

(a) L. 71. pr. de leg. (30.). *Ulp.* Si domus alicui simplliciter sit legata, neque adiectnm, quae domus, cogeutur beredes, quam vellet domum ex his, quas testator habebat, legatario dare; quodsi uullas aedes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum.

(b) L. 69. §. 4. de iur. dot. (23. 3.). — L. 71. pr. de iegat. (30.). — Ved. not. prec.

(c) §. 23. Inst. de legat. (2. 20.). Optiouis legatum, ld est ubi testator ex servis suis vel

e questi non s'accordano su chi debba esercitarlo, decide la sorte, e il legatario che sceglie sarà obbligato di dare agli altri il prezzo delle loro porzioni (d); nel caso che quel legatario trascuri la scelta, gli s' impone dal giudice un termine, decorso il quale, si perde il legato (e).

b) Se al contrario la scelta è dell' erede, questi non potrà scegliere la peggiore cosa che esiste di quel *genus*; se la cosa data dall' erede è evitta, per mezzo dell' *actio ex testamento* il legatario potrà novellamente pretendere la soddisfazione del legato. Se l'erede trascura la scelta, questo diritto passa al legatario (f).

c) Se il diritto di scegliere è dato ad un terzo, questi non potrà scegliere nè la cosa migliore, nè la peggiore: e se muore prima di scegliere, ovvero non esercita il diritto in un anno, la scelta passa al legatario, il quale in questo caso neppure potrà scegliere la cosa migliore, salvo che il diritto non gli provenga direttamente dal testatore (g).

aliis rebus optare legatarium insserat, babebat in se conditionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum transmittebat. Sed ex constitutione nostra et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentiore tractatu babito et hoc in nostra constitutione additum est: sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures beredes, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant), fortunam esse buius optionis iudicem, et sorte hoc esse dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia inoptione praecellat.—L. 2. pr. de optione vel elect. leg. (33. 5.).

(d) L. 3. pr. C. de legat. et fideicomm. (6. 43.). *Iustin.* Si duobus vel tribus hominibus vel pluribus forte optio servi vel alterius rei fuerit relicta, vel si uni quidem legatario opti servi vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit beredes, dubitabatur inter veteres, si inter legatarios vel heredes legatarii fuerit certatum, et alter alterum servum vel aliam rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque, in omnibus buiusmodi casibus rei iudicem fortunam esse, et sortem inter altercantes adhibendam, ut, quem sors praetulerit, is quidem babeat potestatem eligendi, ceteris autem aestimationem praestet contingentium eis partium; id est servis quidem et ancillis maioribus decem annis, si sine arte sint, viginti solidis aestimandis, minoribus videlicet decem annis non amplius, quam in decem solidos computandis; sin autem artifices sint, usque ad triginta solidos aestimatione eorum procedente, sive masculi sive feminae sint, exceptis notariis et medicis utriusque sexus, quum notarios quinquaginta solidis aestimari volumus, medicos autem et obstetrices sexaginta; eunuchis minoribus quidem decem annis usque ad triginta solidos valentibus, maioribus vero usque ad quinquaginta, sin autem artifices sint, usque ad septuaginta.

(e) L. 6. 7. 8. pr. de opt. leg. (33. 5.). *Pompon.* Si tibi electio servi, et mibi reliqui legati sint, decernendum est a Praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tibi non datum iri.

(f) L. 37. pr. de legatis (30.). *Ulp.* Legato generaliter relicto, veluti hominis, Caius Cassius scribit, id est observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur, quae sententia rescripta Imperatoris nostri et D. Severi iuvatur, qui rescripserunt, bomine legato actorem non posse elegi. — L. 29. §. 3. de legat. (32.). confr. L. 25. §. 17. fam. erc. (10. 2.).

(g) L. 37. pr. de legat. (30). — Ved. not. pr. L. 3. §. 1.C. comm. de legat. et fideicomm. 6. 43.). — L. 21, b. t. (33. 5.).

2) Se al contrario il testatore nulla ha disposto circa al diritto di scegliere, questo spetta al legatario, ma in questo caso egli non potrà scegliere la cosa migliore (h).

3) Fatta da chiunque la scelta, compiuta, non si può cambiare (i): sol quando l' erede non ha offerto al legatario tutte le cose appartenenti al *genus* che trovansi nella eredità, ovvero avesse messo a sua disposizione cose le quali non vi apparterrebbero, sia per dolo, sia per semplice errore, il legatario può pretendere una seconda scelta (k).

4) Quando il testatore non ha fissato il numero delle cose che debbonsi dare al legatario, l' erede deve dargliene almeno tre (l).

II. Simile al *legatum generis* è il legato alternativo, specialmente perchè se il testatore non ha nulla determinato, spetta al legatario il diritto di scegliere (m). Si notano però le seguenti regole speciali:

1) La validità del legato non dipende da ciò che le cose disgiunte nominate nella disposizione appartengano all' eredità, come è indispensabile pel *legatum generis,* ma piuttosto a questo riguardo valgono le regole del *legatum speciei.*

2) La scelta che compete al legatario è in questo legato affatto illimitata, ma come nel legato precedente, compiuta, è inalterabile: in guisa che se il legatario avesse scelto una cosa che ritiene per legata, e perciò la rivendica, non può più pretendere l'altra; il che vale ancora per l'erede, quando a lui compete il diritto di scelta (n).

3) Ciascuna delle cose nominate nel legato alternativo è *in obligatione*, di modo chę se cessa il legato per una delle cose, come per acqui-

(h) §. 22. Inst. de legat. (2. 20.). Si generaliter servus vel res alia legatum, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit. — L. 37. pr. de legat. (30.). Le distinzioni delle leggi 32. §. 1. L. 7. pr. 84. §. 3. de legat. (30.) e L. 4. de tritr. vin. oleo (33. 6.) sono riferibili ai legati antichi *per vindicationem*, e *per damnationem.*

(i) L. 5. pr. L. 84. §. 9. de legat. (30.). *Paul.* Servi electione legata, semel duntaxat optare possumus. — L. 11. §. 1. L. 10. de leg. (31.). — L. 20. de opt. leg. (32. 5.).

(k) L. 2. §. 2. 3. L. 4. 5. de opt. leg. (33. 5.). *Paul.* Scyphi electione data si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere placet, nisi ex his duntaxat eligere voluisset, quum sciret, et alios esse.

(l) L. 1. cod. *Ulp.* Divus Pius Caecilio Proculo rescripsit, eum, cui servorum legata sit electio, tres posse eligere.

(m) L. 34. §. 14. de legat. (30.). *Ulp.* Si ita Titio legetur: *fundum Seianum, vel usumfructum eius sibi habeto*, duo esse legata, et arbitrio eius esse, an velit usumfructum vindicare. L. 23. de legat. (31.).

(n) L. 19. de leg. (31.). *Cels.* Si is, cui legatus sit Stichus, aut Pamphilus, quum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet, tanquam si damnatus heres alterutrum dare, Stichum dederit, quum ignoret, sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.

sto lucrativo, o per perimento della cosa, il legato è valido per l'altro obbietto (o).

3) Dall' altra parte il legatario in definitiva è di una sola cosa legatario (p), al che consegue che:

a) Il *dies legati cedit* una sola volta, di guisa che se una cosa è lasciata puramente e semplicemente, e l' altra *sub conditione*, il *dies cedit* al compimento della condizione, e da questo momento solo si trasmette il legato. Se manca la condizione, cessa il legato alternativo, ma resta un legato semplice rispetto all' altro obbietto (q).

b) Appena si esercita il legato sopra una delle cose, l' altra esce già dall' obbligazione, e perciò se la cosa scelta perisce per caso fortuito, il legatario non potrà pretendere l' altro obbietto (r).

§. 301.

Del legatum quantitatis, e legato di una universitas.

T. D. de titrieo, vino, vel oleo legato (33. 6.).

I. Se fu legata una determinata somma o una quantità di cose fungibili senza nessun' altra determinazione, ha diritto il legatario al pagamento di quella somma o di quella quantità, quand' anche nella successione non vi esistesse nulla di simile (a), e in questo caso è dato all'erede il diritto di scegliere (b). Se le cose fungibili fossero legate senza deter-

(o) L. 34. §. 14. — Ved. not. (m). — L. 84. §. 11. de legat. (30).

(p) L. 25. pr. quando dies (36. 2.). *Papinian.* Quum illud, aut illud legetur, enumeratio plurium rerum disiunctivo modo comprehensa, plura legata non facit. Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum, vel alterum sub conditione legaverit; nam pendente conditione non erit electio, nec si moriatur, ad heredem transiisse legatum videbitur.

(q) L. 14. §. 1. quando dies (36. 2.). *Ulp.* Inde quaerit Iulianus, si post mortem testatoris legatarius decedat, an ad heredem transferatur decem legatum. Et libro trigesimo septimo Digestorum scribit, posse dici, decem transtulisse, quia mortuo legatario dies legati cedit. Argumentum Iulianus pro sententia sua affert tale: *Seiae decem, aut si pepererit, fundum heres meus dato*; nam si, antequam pariat, inquit, decesserit, ad heredem suum decem transmittet.

(r) L. 84. §. 9. de legat. (30.). *Iulian. Stichum, aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato;* si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur; quum autem semel dixerit heres, utrum daro velit, mutare sententiam non poterit. — L. 19. de legat. (31.).

(a) L. 3. pr. L. 5. h. t. *Iulian.* Quum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo quod in fundo Semproniano natum esset, et minus natum esset, non amplius deberi placuit, et quasi taxationis vicem obtinere haec verba: *quod natum erit.*

(b) L. 4. eod. *Paul.* Quum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quaeri, cuius generis oleo uti solitus fuerit testator, aut cuius generis oleum istius regionis homines in usu habeant, et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario solvere.

minarne la quantità, o è legato danaro contante senza determinarne la somma, il legato si limita a quello che si trova nell' eredità (c).

II. Il legato può comprendere un tutto insieme, una moltitudine di cose differenti, onde il nome di *legatum universitatis*, che ha nei testi più denominazioni in molti titoli speciali (d). Il legato di una *universitas* non dev' essere considerato come l' unione di più legati, ma come un solo legato, che non si può che o tutto accettare o tutto rifiutare, non ammettendosi un' accettazione o un rifiuto parziale (e).

La somma e l' estensione del legato si determina al punto non della formazione del testamento, ma della morte del testatore, quantunque dalla disposizione appaia che il testatore si propose di legare le cose appunto che al tempo della formazione del testamento faceano parte dell' *universitas* (f).

S' anche dalle cose comprese nell'*universitas* ne sieno perite durante la vita del testatore tante che venga meno il concetto dell' *universitas*, il legato rimane nondimeno nella sua piena validità (g).

Quando l'*universitas* non sia propriamente legata, ma formi l'accessorio di una cosa legata, come se si lega un fondo con l' *instrumento*, o uno schiavo col peculio, cessando il legato della cosa principale, cessa insieme rispetto alla *universitas*, sebbene il motivo dell' estinzione non si riferisca pure a questa (h).

(c) L. 1-2-3. §. 1. L. 6. seq. eod. *Procul.* Cui vinum heres dare damnatus est, quod in amphoris et cadis diffusum est, dari debet, etiamsi vasorum mentio facta non est. Item, quamvis cum vasis, cadis legatnm est, tamen id quoque, quod in doliis, legatum esse videtur; sicuti si servos omnes cnm peculio cuiusque eorum legasset, etiam eos, quibus peculii nihil esset, legasse videretur. — L. 51. de legat. (30.).

(d) TT.D. de instructo vel instrnmento legato (33.7.) — de pecnlio legato (33. 8.) — de penn legata (33. 9.) — de supellectil. legata (33. 10.) — de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis (34. 2.).

(e) L. 2. 6. de legat. (31). *Paul.* Grege autem legato non possnnt quaedam sperni, quaedam vindicari, qnia non plura, sed nunm legatnm est. Idemque dicemns peculio legato, ant veste, aut argento, et similibus.

(f) §. 18. 20. Inst. de legat. (2. 20.). — L. 21. de legat. (30.). *Ulp.* Grege legato, et quae postea accedunt ad legatarinm pertinent. — L. 28. quando dies (36. 2.). — L. 7. de anro argento (34. 2.).

(g) L. 22. de leg. (30.). *Pompon.* Si grege legato aliqna pecora vivo testatore mortua essent, in eorumque locum aliqua esseut snbstituta, eundem gregem videri; et si deminutum ex eo grege pecus esset, et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desiisset esse, quemadmodum insnla legata, si combusta esset area posset vindicari.

(h) L. 1. §. 1. de instr. vel instr. legat. (33. 7.). — L. 2. de pec. legato (33. 8.).

§. 302.

D. Legati di una rendita e di alimenti.

I. Il legato di una somma o quantità può essere fatto in modo che l' obbligo della prestazione imposto all'erede ritorni dopo un determinato tempo, ogni anno, *annuum legatum*, ovvero ogni mese, *mestruum legatum* (a).

Una tale disposizione comprende in sè più legati, quello del primo anno o mese è incondizionato, ma quelli degli altri anni o mesi sono condizionali; onde il *dies cedens* e *veniens* non si compie in una volta come in un legato unico, ma ritorna tante volte per quanti anni viene prestato; sicchè la prescrizione decorre non dal principio del legato, ma da ciascuna scadenza (b).

Quando il testatore non abbia nulla disposto, cessa il legato con la morte del legatario, ma può trasmettersi anche agli eredi seguendo la volontà del testatore (c).

Differente da questo legato è un legato di quantità il cui pagamento sia diviso in più rate, poichè questo è sempre un legato di cosa unica (d).

II. Si possono legare i frutti annuali di un dato fondo, d' onde propriamente il legato di rendite; differente da un legato di usufrutto in ciò massimamente che l'erede ha facoltà di vendere il fondo, i cui frutti sono legati, assicurando al legatario il prezzo dell'uso o del fitto nella somma ritratta dal testatore stesso durante la sua vita (e).

(a) L. 4. 20. §. 1. L. 23. 24. de ann. legat. (33. 1.). *Paul.* Si in singulos annos alieui legatum sit, Sabinus, enius sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale; videri enim hane inesse eonditionem, *si vivat*, et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.

(b) L. 12. pr. §. 1. 3. quando dies (36. 2.). — L. 5. 8. 22. de ann. legat. (33. 1.). *Modestin. A vobis quoque, celeri heredes, peto, ut uxori meae praestetis, quoad vivet, annuos deaureos*; uxor supervixit marito quinquennio et quatuor mensibus; quaero, an heredibus eius sexti anni legatum integrum debeatur. Modestinus respondit, integri sexti anni legatum deberi. — L. 7. §. 6. C. de praesc. 300. vel. 400. an. (7. 39.).

(c) L. 4. fin. — Ved. not. (a). — L. 8. de ann. legat. (33. 1.).—L. 22. C. de leg. (6. 37.).— L. 65. de V. S. (50. 16.).

(d) L. 12. §. 4. L. 20. quando dies (36. 2.). *Ulp.* Sed et si quotannis sit legatum, mihi videtur etiam in hoc initium euiusque anni spectandum, nisi forte evidens sit voluntas testatoris in annuas pensiones ideo dividentis, quoniam non legatario consultum, sed heredi prospectum voluit, ne urgeretur ad solutionem.

(e) L. 38. de usu. et usufr. leg. (33. 2.). *Scaev. Fundi Aebutiani reditus uxori meae, quoad vivat dari volo;* quaero, an possit tutor heredis fundum vendere, et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefamilias ex locatione fundi redigere consueverat. Respon-

III. Il legato di alimenti comprende il vitto il vestito e l' abitazione; senza volontà del testatore non comprende le spese di educazione, ma quando sono espresse queste ultime, si sottintendono anche gli alimenti; e se fu espresso soltanto il vitto, non si comprende anche il vestito e l'abitazione (f).

Ordinato un legato di alimenti senza tassazione della quantità, si deve prima di tutto aver riguardo a ciò che il testatore stesso era solito di fornire al legatario; se ciò non è possibile, si deve argomentare da quello che forniva ad altre persone di pari condizione del legatario; ed in mancanza gli alimenti saranno proporzionati alla fortuna che il defunto lascia ed alla condizione del legatario, o alla loro personale amicizia (g).

Questo legato differisce dai primi per alcune regole speciali.

1) Il legato di alimenti può essere lasciato anche all' incapace (h).

2) Quando sono legati gli alimenti fino alla pubertà, s' intende sempre la *plena pubertas* (i).

3) Quando tutt' altri che l'erede diretto è incaricato di prestare un legato di alimenti, egli non può nulla togliere dal legato, quando pure secondo le regole della Falcidia qualcosa mancasse alla sua porzione (k).

dit, posse. Item quaero, an habitare impune prohibere possit. Respondit, non esse obstrictum heredem ad habitationem praestandam. Item quaero, an compellendus sit heres reficere praedium. Respondit, si heredis facto minores reditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. Item quaero: quo distat hoc legatum ab usufructu ? Respondit, ex his, quae supra responsa essent, intelligi differentiam.

(f) L. 6. 7. 21. de alim. legat. (34. 1.). *Iavol.* Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest; cetera, quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur. *Paul.* Nisi aliud testatorem sensisse probetur. *Ulp.* Diariis vel cibariis relictis, neque habitationem, neque vestiarium, neque calcearium deberi, palam est, quoniam de cibo tantum testator sensit.

(g) L. 22. pr. eod. *Valens.* Quum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defunctus solitus fuerat ei praestare, deinde quid ceteris eiusdem ordinis reliquerit; si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate eius, cui fideicommissum datum erit, modus statui debebit.

(h) L. 11. eod. *Paul.* Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia Principis restitutus est; respondi, eum et praecedentium annorum recte cepisse alimenta, et sequentium deberi ei. — L. 3. de his quae pro non script. (34. 8.).

(i) L. 14. §. 1. eod. *Ulp.* Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquantur, si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi, sciat Hadrianum constituisse, ut pueri usque ad decimum octavum, puellae usque ad quartumdecimum annum alantur; et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse, Imperator noster rescripsit. Sed etsi generaliter pubertas non sic definitur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum, non est incivile.

(k) L. 77. §. 1. de legat. (31.). *Papinian.* . . . . Si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiae fungetur; si tamen alimenta praestari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse, respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de maiore pecunia praestari non dubie voluit integra.

§. 303.

E. Dei iura in re aliena legata.

TT. D. de usu et usufr. et habit. et operis per leg. vel fideicomm. relict. (33. 2.). — De servitute legata (33. 3.).

Possono ancora essere legati i diritti sulle cose altrui, cioè l'enfiteusi, la superficie, il pegno, e le servitù tanto reali quanto personali (a).

Un legato di diritti in *re aliena* in tre modi si compie:

1) O il testatore dispone in favore altrui di un *ius in re aliena* che gli spetta, purchè si possa così disporne; onde l'erede sarà obbligato di trasferire al legatario quel diritto medesimo.

2) O lega altrui un *ius in re* che egli stesso ha sulla cosa del legatario, nel senso che quando *dies legati venit* quel diritto diviene *ipso iure estinctum* (b); onde l'erede avrà l'obbligo di lasciare libera la cosa prima soggetta del legatario.

3) O finalmente costituisce nel testamento un *ius in re aliena* di qualunque specie (c). In questo caso quando l'oggetto appartiene all'eredità, il legatario acquista immediatamente il diritto reale, sebbene allora potrà acquistare un diritto di servitù reale, quando trovasi proprietario di un fondo vicino (d). Se al contrario la cosa che dovrà servire appartiene all'erede o ad un terzo, il legatario obbligherà l'erede a costituire il diritto reale sulla cosa propria e su quella del terzo, e se non è possibile, a rifare il legatario del prezzo di stima; prima però di quest'ultimo obbligo è da considerare se il testatore sapeva o no che la cosa non gli apparteneva (e).

Nel legato di una servitù personale il *dies cedit* all'acquisto dell'eredità, ovvero al compimento del termine posto (f). Se questa servitù fu legata espressamente a vita del legatario, è riconosciuto, specialmente quanto all'usufrutto, che estinta innanzi la morte di lui, dev'essere ricostituita (g).

(a) L. 71. §. 6. de legat. (30.). — L. 1. §. 7. de superf. (43. 18.).

(b) L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. de legat. (30.). *Iulian.* Valet legatum, si superficies legata sit ei, cuius in solo fuerit, licet is dominus soli sit; nam consequetur, ut hac servitute liberetur, et superficiem lucrifaciat.

(c) Confr. §. 4. Inst. de servit. (2. 3.). — §. 1. Inst. de usufr. (2. 4.). — L. 26. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, quum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit.

(d) L. 1. C. comm. de legat. et fideicom. (6. 43.). — Fragm. Vat. §. 47. 48. 57. 83. 86.

(e) L. 3. de usufr. (7. 1.). — Fragm. Vat. §. 85. 87.

(f) L. 2. 3. 5. §. 1. quando dies (36. 2.). — L. 2. de usu. legat. (33. 2.).

(g) L. 3. pr. 5. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.).

Si può anche legare un quasi usufrutto (h), ancora l'usufrutto di tutta l'eredità, o di una parte (i).

Il legato di un usufrutto offre molte specialità: e primamente se a qualcuno vien legato il fondo e all'altro l'usufrutto, entrambi dividono quest'usufrutto tra loro, purchè il testatore non abbia rigorosamente legato all'uno dei due il fondo senza usufrutto (k). In secondo luogo circa al diritto di accrescimento è da notare:

1) Che sebbene non è alterato il principio generale che ha luogo l'accrescimento solo nelle due *coniunctiones re et verbis, et re tantum,* pure l'usufrutto legato si accresce al collegatario non soltanto quando l'altro manca *ante diem cedentem*, ma anche quando questi, avendolo acquistato, lo perde di poi (l); la ragione di questa singolarità è che l'usufrutto, *quotidie constituitur et legatur.* Imperocchè l'usufrutto consistendo nel godimento di continue e sussecutive percezioni, nell'*uti frui* insomma che non può esaurirsi in una volta sola, consegue che nel *dies cedens* non acquista il legatario tutto il contenuto del suo diritto, ma aspetta sempre novelli acquisti dalle successive azioni di godimento (m).

Mancando adunque il collegatario dopo il *dies cedens*, quella parte del suo diritto non ancora acquistata, e che si contiene nel futuro *uti et frui*, si accresce ai suoi collegatarii.

2) Che dippiù il diritto di accrescimento spetta anche a quel legata-

(h) L. 29. de usufr. (7. 1.). *Ulp.* Omnium bonorum usumfructum posse legari, nisi excedat dodrantis aestimationem, Celsus libro trigesimo secundo Digestorum, et Iulianus libro sexagesimo primo scribit; et est verius. Usumfructum tertiae partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat; quaesitum est, an pecuniae, quae ex rebus divisis secundum aestimationem effecta est, tertia praestanda sit. Respondit, heredis esse electionem, utrum rerum, an aestimationis usumfructum praestare velit.

(i) L. 32. §. 1. 8. 43. de usu. legat. (33. 2.).

(k) L. 19. de usu. et usufr. (33. 2.). *Modest.* Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: *Titio fundum detracto usufructu lego*, vel: *Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato.* Quod nisi fecerit, usufructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.

(l) L. 1. §. 3. de usufr. accrescendo (7. 2.). *Ulp.* Interdum tamen etsi non sint coniuncti, tamen ususfructus legatus alteri accrescit, utputa si mihi fundi ususfructus separatim totius et tibi similiter fuerit relictus; nam, ut et Celsus libro octavo decimo Digestorum et Iulianus libro trigesimo quinto scribit, concursu partes habemus. Quod et in proprietate contingeret, nam altero repudiante alter totum fundum haberet. Sed in usufructu hoc plus est, quia et constitutus, et postea amissus nihilo minus ius accrescendi admittit; omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt, et, ut Celsus et Iulianus eleganter aiunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur. Quum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum, nec refert, coniunctim, an separatim relinquatur.

(m) L. 1. pr. §. 2. quand. dies usufr. (7. 3.). — L. 1. §. 3. cit. — Ved. not. prec.

rio, il quale ha perduta la sua parte dell'usufrutto legato, perchè *usufructus non portioni, sed homini accrescit* (n).

Per massima nel legato di uso non ha luogo il diritto di accrescimento, specialmente quando la cosa sia atta a soddisfare pienamente i bisogni di ciascun collegatario: in questo caso i varii collegatarii non si limitano a vicenda, poichè anche senza questa concorrenza ciascuno avrebbe ricevuto tanto appunto quanto ha; e manca ogni ragione al diritto di accrescimento (o). Ma se l'uso dell'obbietto non giunge a soddisfare pienamente il bisogno dei collegatarii, ossia quando ciascun di essi riceve meno pel concorso degli altri, seguirà l'accrescimento secondo le regole determinate per l'usufrutto (p).

§. 304.

F. Dei legati che riguardano i diritti di obbligazione.

T. D. De liberat. legata (34. 3.). — *Haubold*, de legato nominis Lips. 1793.

Per mezzo del legato si può e costituire e sciogliere una relazione obbligatoria, onde il *legatum nominis, legatum liberationis*, ed *il legatum debiti*.

I. Il primo consiste nel legare altrui un credito proprio del testatore o dell'erede. Il legatario riceve le azioni personali nascenti da quel credito utilmente con tutte le accessioni (a), e l'erede è verso di lui obbligato a cedergli queste azioni e i mezzi per far valere il credito (b).

Affinchè il legato avesse effetto conviene che l'obbligazione sia valida al tempo che fu istituito il legato; esso segue inoltre tutte le vicende del-

(n) L. 14. §. 1. de exc. rei Ind. (44. 2.). — L. 33. §. 1. de usnfr. (7. 1.). *Papinian.* Usumfructnm in qnibusdam casibna non partis effectnm obtinere convenit; unde si fundi vel fructus portio petatur, et absolntione secnta postea pars altera, quae accrevit, vindicetnr, in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in frnctns vero non obstare scribit Iulianus, qnoniam portio fnndi velut allnvio portioni, personae fructns accresceret.

(o) L. 3. de alim. vel cib. leg.— L. 57. §. 1. de usnfr. (7. 1.). *Papin.* Per fideicommissum frnctn praediorum ob alimenta libertis relicto partium emolumentum ex persona vita decedentinm ad dominnm proprietatis recurrit.

(p) Ved. *Griesinger*, come possa aver luogo il diritto di accrescimento nell'nso legato, Stuttg. 1794 — *Vangerow*, o. c. §. 555.

(a) L. 18. C. de legat. (6. 37.).—L. 34. pr. de legat. (32. 2.). *Scaev.* Nomen debitoria in haec verba legavit: *Titio hoc amplius dari volo decem aureos, quos mihi heredes Caii Seii debent, adversus quos ei actionem mandari volo, eique eorundem pignora tradi;* quaero, utrnm heredes tantum decem dare debeant, an in omne debitum, hoc est et in nsuras debeant mandare. Respondit, videri nniversam eius nominis obligationem legatam. Item quaero, quum ignorante matrefamilias actores in provincia adiectis sorti nsuris decem stipulati sint, an ex causa fideicommissi suprascripti etiam incrementnm huius debiti ad Titium pertineat. Respondit, pertinere.

(b) §. 21. Inst. de legatis (2. 20.). — L. 44. §. 6. L. 75. §. 2. L. 105. de legat. (30.). *Ulp.* Sed etsi nomen legetnr, benigne id, qnod debetur, accipiendum est, ut actiones adversus debitorem cedantnr. — L. 10. h. t.

l'obbligazione legata, onde sarà inefficace o se l'obbligazione non esiste o se cessa prima della morte del testatore (c). Nondimeno quando il credito si è estinto perchè l'erede ne ha ricevuto il pagamento, ovvero quando il pagamento fu ricevuto dallo stesso testatore, ma senza proposito di rivocare il legato, anzi con idea di lasciare al legatario il valsente riscosso, il legato permane efficace (d).

Se fu legata l'una delle cose comprese in un'obbligazione alternativa, può il legatario con un'*actio incerti* pretendere che l'erede esercitasse il suo diritto: ma, essendo in facoltà del debitore di soddisfare quella delle cose che presceglie (§. 318.), dipende da questa scelta l'efficacia del legato. Similmente legato a più persone nel suo vario contenuto il credito alternativo, la scelta del debitore designerà per quale dei collegatarii sarà il legato efficace (e). Che se il diritto di scegliere sta nel creditore, questa scelta spetterà al legatario, purchè determinatamente non gli avesse il testatore tassato una delle cose: tale obbligazione legata a più legatarii, riceverà l'uno l'azione del credito, e l'altro il prezzo della cosa non prescelta (f). Dicasi lo stesso rispetto ad un'obbligazione correale (g) (§. 322.).

(c) L. 75. §. 1. 2. L. 82. §. 5. de legat. (30.). Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum, et quidem, si quantitas non sit adiecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum; nam et si quod ego Titio debeo, ei legavero quantitate non adiecta, constat, nullum esse legatum, quum si decem, quae Titio debeo, legavero, nec quidquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum, ut in legato dotis Iulianus respondit. Quodsi addiderit: *decem, quae mihi Titius debet, lego*, sine dubio nihil erit in legato; nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest; proinde et si Titio decem, quae mihi Seius debet, legavero, nullum erit legatum, esse enim debitor debet; nam et si vivus exegissem, extingueretur legatum, et, si debitor maneret, actiones adversus eum heres meus duntaxat praestare cogeretur.

(d) L. 21. §. 2. h. t. L. 11. §. 13. L. 64. de legatis (32.). *Ulp.* Ergo et si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum, poterit dici, deberi, nisi forte inter haec interest; hic enim extinguitur ipsa constantia debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit. Quum tamen quidam nomen debitoris exegisset, et pro deposito pecuniam habuisset, putavi, fideicommissi petitionem superesse, maxime quia non ipse exegerat. Sed debitor ultro pecuniam obtulerat, quam offerente ipso non potuit (non) accipere. Paulatim igitur admittemus, etsi ex hac parte pecuniae rem comparaverit, quam non hoc animo exegit, ut fideicommissarium privaret fideicommisso, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse. — Confr. L. 31. §. 3. de adim. legat. (34. 4.).

(e) L. 75. §. 4. de legat. (30.). *Ulp.* Proinde si Stichum legaverit, quum ille ei Stichum, aut decem deberet, incerti actio legatario adversus heredem competit, ut scripsit Iulianus libro trigesimo tertio Digestorum, per quam actionem compellat heredem experiri; et si Stichum consecutus fuerit, praestabit ei, si decem, nihil consequetur; secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius is, cui Stichus legatus est. — L. 50. §. 1. de legat. (31.).

(f) L. 76. de legat. (30.). *Iulian.* Quodsi quis Stichum aut Pamphilum stipulatus, Sempronio Stichum legasset, Maevio Pamphilum, oneratus heres intelligitur, ut necesse habeat alteri actionem suam, alteri aestimationem Stichi aut Pamphili dare. — Ved. *Puchta*, pand. §. 532. not. h. — *Arndts*, §. 576. — *Mülenbruch*, 557. in cont. — *Haimberger*, §. 423.

(g) L. 82. §. 5. eod.

Quando il diritto di obbligazione fosse stato solamente legato solo per similitudine, è chiaro che il legato sarà valido quantunque l'obbligazione non fosse efficace, o si fosse estinta (h).

2) Il testatore potrà legare al suo debitore appunto ciò che questi gli deve, sicchè il legatario è liberato dalla sua obbligazione; donde il nome di questo legato *(legatum liberationis)* (i).

Ha dunque il legatario diritto di esser liberato dal debito, e però se fosse convenuto in giudizio con l' azione del credito, opporrà l' *exceptio doli*; può inoltre egli stesso pretendere giudiziariamente la liberazione del debito se ha interesse attuale per questa dichiarazione (l).

Il legato è senza effetto quando si estinse in qualunque maniera l'obbligazione, come per pagamento fatto al testatore; se al contrario il pagamento fu fatto all' erede, allora il *legatum liberationis* sarà di nessun momento, quando il legatario abbia pagato con piena saputa dell' esistenza del legato; che se egli pagò erroneamente, può ripetere lo sborso (m). È ancora senza efficacia quando manca assolutamente l' obbligazione, o quando evvi contro una eccezione perpetua, quantunque il supposto obbietto di essa fosse esattamente determinato (n).

Il legato di liberazione consiste ancora nel liberare il legatario dal debito che ha verso un terzo, onde il legatario può pretendere che l'erede

(h) L. 96. eod. *Iulian.* Quidam testamento vel codicillis ita legavit: *aureos quadringentos Pamphilae dari volo, ita ut infra scriptum est; ab Iulio actore aureos tot, et castris quos habeo, tot, et in numerato quos habeo, tot;* post multos auuos eadem voluntate manente decessit, quum omnes summae in alios usu translatae essent; quaero, an debeatur fideicommissum: Respoudi: verosimilius est, patremfamilias demoustrari potius heredibus voluisse, unde aureos quadrigentos siue incommodo rei familiaris contrahere possint, quam conditiouem fideicommisso iniecisse, quod initio pure datum esset, et ideo quadrigenti Pamphilae debebuntur.

(i) L. 1. 3. h. t. §. 13. Inst. de legat. (2. 20.). — Paul. rec. sent. II. 6. §. 11.

(l) L. 3. §. 3. L. 7. §. 1. L. 22. h. t. *Ulp.* Nunc de effectu legati videamus; et si quidem mihi liberatio sit relicta, quum solus sim debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive uou petatur, possum agere, ut liberer per acceptilatiouem. Sed etsi cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promitteudi, et mihi soli testator cousultum voluit, ageudo cousequar, uou ut accepto liberer, ue etiam correus meus liberetur contra testatoris voluutatem, sed pacto liberabor. Sed quid si socii fuimus? Videamus ne per acceptilationem debeam liberari, alioquin, dum a correo meo petitur, ego inquietor. Et ita Iulianus libro trigesimo secuudo Digestorum scripsit, si quidem socii uou simus, pacto me debere liberari, si socii, per acceptilatiouem.

(m) L. 7. §. 4-7. eod. L. 26. §. 7. de coud. iudeb. (12. 6.). *Ulp.* Adeo autem perpetua exceptio parit condictiouem, ut Iuliauus libro decimo scripserit, si emtor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignoraus rem tradiderit, posse eum fuudum condicere. idemque, et si debitorem suum damuaverit liberare, et ille ignoraus solverit.

(n) L. 75. §. 2. de legat. (30.). — L. 13. 25. h. t. *Iulian.* Si creditor debitori, qui se exceptione perpetua tueri poterat, legaverit, quod sibi deberet, nullius momenti legatum erit. At si idem debitor creditori legaverit, intelligendum erit, exceptionem eum remitti creditori voluisse.

soddisfaccia il suo creditore (o). Se il testatore abbia ordinata la liberazione del legatario da tutti i suoi debiti, il legato si riferisce a quelli solamente, che costui aveva nel tempo in cui fu così testato (p).

Il legato medesimo giova al fideiussore poichè questi avrebbe altrimenti il regresso contro il debitore, ma non giova ai condebitori salvo che fossero socii (q).

Questo legato può essere istituito tacitamente, quando il creditore testando leghi al suo debitore la carta dell' obbligo: ma se fosse solo lasciato il pegno costituito, il legatario può ben pretendere la liberazione del pegno, ma non l'insieme dell'obbligazione (r).

3) Il testatore può legare al suo creditore quello appunto che gli dovea, onde il *legatum debiti*. Questo legato è vano, nè viene considerato per la sottrazione della Falcidia, salvo che non vantaggi realmente il creditore, come quando si lega puramente un debito condizionale, il pagamento in un luogo più comodo, o in un tempo più opportuno, ovvero immediatamente dopo l' adizione dell' eredità, o rassicurato per ipoteca sui beni dell'erede; se liberi il creditore dalle eccezioni che avrebbero potuto opporglisi, ovvero in fine se il legato sia maggiore per somma del debito (s). Se debito non esiste, il legato sarà di nessun valore; ma se fu determinata una somma certa, sarà valido (t).

(o) L. 3. §. 2. 3. h. t. — Ved. not. (l).

(p) L. 28. §. 1. L. 31. §. 4. 5. h. t. *Scaev. Caio Seio optime merito hoc amplius lego, concedique volo, neque ab eo peti, neque ab heredibus eius, quidquid mihi aut chirographis, aut rationibus debitor est, vel quidquid a me mutuum accepit, vel fidem meam pro eo obligavi;* quaero, utrum id solum, quod eo tempore, quo testamentum fiebat, debebatur, legatum sit, an et si quid ex ea summa usurarum nomine postea accessit, legato cedat. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, videri omnem obligationem Seio eius debiti per fideicommissum solvi voluisse. §. 5. Item quaeritur, si postea novatione facta et ampliata summa coeperit debere, an id, quod ex vetere contractu debebatur, nihilominus in causa legati duret, an vero novatione facta quasi novus debitor ampliatae summae possit conveniri. Respondit, id duntaxat legatum videri, quod tunc debuisset, si tamen mansit in ea voluntate testator, quae tunc fuisset.

(q) L. 2. 3. §. 3. L. 5. 31. §. 3. h. t. *Pompon.* Heredem damnatum a fideiussore non petere, a reo petere posse; sed a reo petere vetitum, si a fideiussore petat, reo ex testamento teneri Celsus putat. §. 1. Idem Celsus ait, nullam dubitationem habere, quin herede petere a debitore vetito, nec heres heredis petere possit.

(r) L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. h. t. *Ulp.* Liberationem debitori posse legari, iam certum est. §. 1. Sed et si chirographum quis decedens debitori suo dederit, exceptionem ei competere puto, quasi pro fideicommisso huiusmodi datione valitura.

(s) §. 14. Inst. de legat. (2. 20.). Ex contrario, si debitor creditori suo, quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quodsi in diem vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem. Quodsi vivo testatore dies venerit aut conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit: quod et verum est; non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest. — L. 5. ad L. Falc. (35. 2.). — L. 28. de legat. (30.).

(t) §. 15. Inst. de legat. (2. 20.). — L. 75. §. 1. de legat. (30.). — L. 25. h. t.

§. 305.

G. Del legato di dote.

T. D. de dote praelegata (33. 4.).

Anche la dote può essere legata nelle seguenti forme:

1) Costituita per mezzo di un legato diretto al marito, tale disposizione contiene veramente un legato per la donna, in quanto che è lei che riceve il vantaggio di essere dotata; quando per colpa dello sposo il matrimonio sia stornato, è data a lei il diritto di obbligazione per la dote (a); celebrato il matrimonio, il diritto di ripetere la dote è comune anche al marito (b).

2) Se la dote è legata direttamente alla donna, questa sola avrà l'azione per ripeterla. Quando in un simile legato il testatore non ha espresso la condizione delle future nozze, è riguardato come un legato a scopo determinato, e si può subito ripetere, dando cauzione; e però se la legataria muore prima di contrarre matrimonio, non trasmette nulla agli eredi, essendo la determinazione dello scopo puramente personale (c).

3) Obbietto del legato può essere ancora una dote già costituita, in

(a) L. 43. de legat. (32.). — L. 71. §. 3. de cond. et demonstr. (35. 1.). *Papin. Titio, genero meo, heres meus dotis Seiae, filiae meae, nomine centum dato;* legati quidem emolumentum ad Seiam, quae dotem habere incipit, pertinebit; sed quia non tantum mulieri, sed Titio quoque, cui pecuniam legavit, consultum videtur, prope est, ut ipse legatarius intelligatur, et legatum petere debeat. Si post divortium genero pecuniam heres solverit, aeque liberabitur, quoniam in dotem solutio convertitur. Constante autem matrimonio, etiam prohibente muliere, Titio recte solvetur; hoc enim et mulieris interest, ut incipiat esse dotata. Nam et si quis ipsam quoque petitionem habere responderit, eaque pecuniam petat, neque dotis fieri velit, non dubie doli summovebitur exceptione. Ante nuptias vero Titio vel muliere defunctis legatum apud heredem manet; quodsi nolit eam uxorem ducere, causae legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intelligetur, sed Titio legatum petenti nocebit exceptio doli. Sabinus autem existimabat, nupta muliere Titio, sine cautione legatum deberi, quoniam pecunia dotis efficeretur; sed quum ante nuptias, quia purum legatum est, peti potest, cautio: *mulieri pecuniam reddi*, necessaria erit. Quodsi maritus vitio suo causa ceciderit, neque solvendo sit, numquid adversus heredem mulieri, quae nihil deliquit, succurri debeat ob eam pecuniam, quae doti fuerat destinata? Sed quoniam ambo legati petitionem habuerunt, salvam habebit, non soluta pecunia viro, mulier actionem.

(b) L. 29. 48. §. 1. de iur. dot. (23. 3.). *Iulian.* Socer genero suo sic legaverit: *Lucio Titio filiae meae nomine centum heres meus damnas esto dare*; hanc pecuniam generum petere debere, exactam acceptam legatis referri, sed divortio facto de dote actionem mulieri reddendam Proculus respondit, et nihilominus dotis esse factam. Iulianus, notat: imo nec filiae, si voluerit, denegauda est huiusmodi actio. — L. 1. §. 3. de cond. et demonstr. (35. 1.).

(c) L. 71. §. 3. eod. — Ved. not. (a).

quanto che si lega il diritto di esigerla (*legatum dotis exigendae*) (d). Questo legato è simile al *legatum nominis*.

4) Può essere legato ancora l'obbligo alla restituzione della dote. Un tale legato disposto dal marito è un *legatum debiti*, e dà il vantaggio che si potrà chiedere la dote subito senza attendere il termine della restituzione, ed esclude le contro obbligazioni, come per le spese, che diminuiscono la dote, le quali s'intendono rimesse. È nullo quando non vi è dote, ma se è stata determinata una somma, la donna può ripetere il legato come se esistesse la dote (e).

5) Finalmente la moglie può legare al marito la propria dote, e questo legato ha l'effetto del *legatum liberationis*, giacchè il marito vien liberato dall' obbligo di restituirla (f).

APPENDICE XIV.

Rispetto ai legati come ad ogni altra istituzione del diritto romano eravi contrarietà fra il legato per diritto civile, *legatum*, e quello per diritto delle genti *fideicommissum*.

1) Il *legatum* essendo istituito di diritto civile rigoroso dovea essere disposto con parole speciali, *verba civilia*, ossia con parole latine (a).

Di questi legati si contavano quattro forme, cioè *legatum per vindicationem*, *legatum per damnationem*, *legatum sinendi modo*, e *legatum per praeceptionem*.

a) La prima forma, determinata con queste parole *hominem Stichum do lego* (b), aveva l' efficacia che la cosa legata era immantinenti trasmessa nella proprietà quiritaria del legatario, il quale vi avea sopra la *rei vindicatio*. Il legato era così un modo di acquistare la proprietà quiritaria.

Dal suo carattere si desume che per essere valido dovea il testatore stesso avere la proprietà quiritaria dell' oggetto, che voleva legare, e l'esistenza del suo diritto dovea permanere così al tempo che si testava, come alla morte del testatore per le cose non fungibili; per le fungibili bastava che fossero in proprietà del testatore al tempo di sua morte (c). Nasce quindi che il legato è nullo quando le cose sono altrui; nè il senatoconsulto *Neroniano*, inteso a convalidarlo, potè derogare tale

(d) L. 1. §. 10. L. 7. h. t.

(e) L. 1. §. 8. L. 5. h. t.—§. 15. Inst. de legat. (2.20.). §. 15. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si quam non accepit dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumentum dotis in praelegando demonstrata sunt, valere legatum.

(f) L. 1. §. 7. h. t.

(a) *Gai.* Inst. II. 281.—*Ulp.* fragm. XXV.

(b) Fragm. Vat. §. 47. 55. 75.—*Pauli* recept. sent. III. 6. §. 26.

(c) *Gai.* Inst. II. 196. Per vindicationem legetur res, quae ex iure quiritium ipsius testatoris sunt; sed eas quidem quae pondere numero mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure quiritium testatoris, veluti vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. *Ulp.* fragm. XXIV. 7.

principio; lo convalidò infatti sotto la forma *per damnationem* e non mai *per vindicationem* (d); nullo è pure quando l' oggetto fu prima della morte alienato. Della medesima cosa legata a molti, i collegatarii divengono comproprietarii, e mancando l'uno di essi senza acquistare il legato, la sua porzione si accresce agli altri, tanto se istituiti *coniunctim*, quanto se *disiunctim*, il che corrisponde alle due congiunzioni, *re et verbis* e *re tantum* p. e. *Titio et Seio hominem Stichum do lego*, ovvero *Titio hominem Stichum do lego; Seio eundem hominem do lego* (e).

Controverso era fra la scuola Sabiniana e la Proculeiana, in qual momento si trasmetteva la proprietà di un tale legato: giacchè secondo la prima il passaggio della proprietà quiritaria dovea riconoscersi dal momento dell' acquisto dell' eredità da parte dell' erede, anche indipendentemente dalla volontà del legatario; secondo l' altra eravi bisogno della volontà di costui. La controversia finì al tempo di *Gaio* per un rescritto di Antonino che la decise nel senso della opinione dei Proculeiani (f).

b) Il *legatum per damnationem* era determinato con questa formola: *heres meus Stichum servum meum dare damnos esto, o dato*, ovvero *dare iubeo* (g); ed esso dava origine ad una obbligazione dell' erede verso il legatario diretta al dare, *mancipare, in iure cedere, tradere:* l' *actio in personam* del legatario obbligava al doppio l' erede che negasse il legato. Con questa formola si potevano legare anche le cose altrui (h) ed in generale tutto ciò che poteva essere obbietto di obbligazione; di molti nominati *disiunctim*, ciascuno avea diritto all' intero; in questo caso non si ammetteva diritto di accrescimento, ma la porzione caduca ritornava all' eredità.

c) Il legato *sinendi modo*, espresso in questa forma: *heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere*, avea per effetto un'*actio in personam* contro l' erede, il quale pure non era come pel legato precedente obbligato al *tradere* o alla *mancipatio*, ma solo a permettere che il legatario acquistasse il legato. Di questo legato poteva essere obbietto tanto la cosa propria quanto l' altrui (SC. Neroniano).

Nel caso di congiunzione tra i legatarii, se essi erano *coniunctim* prendevano la cosa in comune, ma senza *ius accrescendi*; se *disiunctim* valeva la regola precedente nel legato *per damnationem*, il caduco rimane all' eredità (i).

(d) *Gai.* Inst. II. 197. Sed sane hoc ita est iure civili; postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legavit, qui eius nunquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset; optimum autem ius est per damnationem legatum, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit. — Fragm. Vat. §. 85.

(e) *Gai.* II. 199.—*Ulp.* fragm. XXIV. §. 12.

(f) *Gai.* Inst. II. 195. In eo vero dissentiunt prudentes; nam Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum; sed postea quam scierit, et . . . . tum perinde esse atque si legatum non esset. Nerva vero et Proculus, ceterique illius scholae auctores non aliter putant fieri legatarii, quam si voluerit eam ad se pertinere. Sed hodie ex Divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videbitur, quod Proculo placuit.

(g) *Gai.* Inst. II. §. 201.

(h) *Gai.* Inst. II. 202. 203. 205.—*Ulp.* fragm. XXIV. 13.—fragm. Vat. §. 85. 87.

(i) *Gai.* Inst. II. 205.

4) La quarta forma del legato era così concepita *L. Titius hominem Stichum praecipito*. Non si era concordi nel carattere di questa forma di legato, considerandolo i Proculciani come lo stesso legato *per vindicationem*, onde reputavano inutile la preposizione *prae*, potendosi ugualmente leggere *capito*, considerandolo al contrario i Sabiniani come una specie particolare di legato interpretandolo per un *praecipuum sumere*. In questa forma era possibile di poter legare le sole cose ereditarie, ed esso si faceva valere col *iudicium familiae erciscundae*; le cose altrui poterono essere legate solo per concessione del SC.Neroniano. Anche i Proculiani lo reputavano un legato speciale quando era in favore di uno degli eredi istituiti (prelegato), nel qual caso la parte che l'erede avrebbe dovuto pagare a sè stesso diventava caduca (k).

Il legato per diritto rigoroso supponeva assolutamente un testamento e un erede istituito; non poteva imporsi al legatario o all' erede *ab intestato*, e doveva essere scritto assolutamente dopo l' istituzione dell' erede. Poteva bensì essere scritto in un codicillo, ma questo dovea confermarsi nel testamento (l).

Non si poteva legare a favore di chi fosse in potestà dell'erede; tale legato secondo Servio si annullava quando all'apertura della successione la persona del legatario era ancora soggetta alla potestà dell'erede; secondo altri era sempre nullo, ma poteva esser valido se fatto *sub conditione* che il legatario uscisse di quella potestà (Sabino e Cassio); secondo i Proculiani era nullo anche in quest'ultima ipotesi: predominò l'opinione di Sabino. Era nullo ancora il legato a favore di colui al quale era soggetto l' erede, almeno si dovea annullare quando all'apertura del testamento l'erede vi era ancora soggetto per opinione di Gaio accettata anche da Giustiniano; era sempre nullo secondo Ulpiano (m).

La somma disponibile per ciascun legato fu limitata per tre leggi consecutive. La legge *Furia* determinò che niuno poteva aver un legato superiore a 1000 assi, *exceptis quibusdam personis*, ossia i parenti fino al sesto grado inclusivo: e chi prendeva un legato maggiore restituiva il quadruplo (n). In seguito venne la legge Voconia in favore di coloro ch'erano censiti nel primo ordine con 100,000 assi: la quale, senza fissare una certa somma, decise che niun legatario potesse ricevere più di quello che riceveva l'erede (o). Ma queste furono abolite dalla legge Falcidia nel-

(k) *Gai*. Inst. II. 217. 218. 220-23.

(l) *Gai*. Inst. *II*. 270. 275. Item intestatus moriturus potest.... fideicommissum alicui relinquere, legatum vero relinquere non potest. Legatum enim codicillis relictum non aliter valet, quam si codicilli testamento confirmati fuerint, id est, nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codicillis scriptum id ... relinqui potest. *Ulp*. XV. 7.—§. 21. Inst. de legat. (2. 20.).

(m) *Gai*. Inst. II. 235. 244.—*Ulp*. XXIV. §. 17. 32. — §. 23. 36. Inst. de leg. (2. 20.).

(n) Fragm. Vat. §. 301.—*Ulp*.XXVIII. 7.—*Gai*. Inst.II. 225.Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisue causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit quod voluit. Qui enim verbigratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterit quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare. — IV. §. 2.

(o) *Cicer*. In Verrem I.42.—*Gai*. Inst. II.226. Postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent; ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur, sed tamen fere vitium simile nascebatur; nam in multas legatarium personas distributo patrimonio, poterat adeo heredi minime relinquere testator, ut non expediret heredi huius verbigratia totius hereditatis onera sustinere.

l'anno 714, secondo cui la facoltà di legare venne ancora di più ristretta, affinchè la rinuncia degli eredi non facesse pericolare gli stessi legati; essa venne per conseguenza in interesso degli eredi e dei legatarii (§. 292.).

2) A questo istituto rigoroso del diritto civile si contrappose un altro istituto simile del diritto delle genti che prese nome di fedecommesso: specie di legato scevro di formalità col quale il testatore pregava il suo erede di dare o rilasciare qualche cosa al legatario commettendone la soddisfazione alla fede di lui: onde il gravato fu detto *fiduciarius* ed il legatario *fideicommissarius*. Come istituzione del diritto delle genti il fedecommesso poteva benissimo scriversi con altre parole che latine, prima o dopo la istituzione dell'erede; poteva ordinarsi verbalmente, anzi per semplici cenni, o per lettera diretta agli eredi testamentarii confermata o no nel testamento: e poteva imporsi tanto agli eredi testamentarii quanto agli *ab intestato* in un codicillo *ab intestato*, il quale poi ebbe sotto Augusto il suo valore giuridico (p).

Dapprima il fedecommesso non generava azione in giudizio posando all'intutto sulla buona fede dell'erede: ma di poi fu ammessa una *extraordinaria cognitio* affidata ai consoli da Augusto, ed in seguito si stabilì uno speciale magistrato detto *Praetor fideicommissarius* (q).

Dapprima poteva essere fedecommissario anche un incapace, così potevano essere i *peregrini*, i Latini *Iuniani*, le donne escluse dalla legge Voconia, le persone incerte, i postumi, i *coelibes*, *orbi*, ecc. Ma questa larghezza cessò pel senatusconsulto Pegasiano che applicò al fedecommesso le norme della legge Giulia e Papia. Poscia per mezzo di un senatoconsulto promulgato sotto Adriano rimasero incapaci i peregrini e le persone incerte, cadendo al fisco quello che loro si era lasciato (r).

Il fedecommesso dava origine sempre ed unicamente ad una obbligazione, ma non era possibile una immediata trasmissione di proprietà; il giudizio sopr'esso era sempre una *extraordinaria cognitio*, in cui molte cose erano affidate all'arbitrio del magistrato (s).

La rivocazione del fedecommesso come la costituzione non era sottoposta a formalità; poteva anzi supporsi quando era nata inimicizia tra il testatore ed il fedecommissario. I fedecommessi non erano regolati dalla legge Falcidia, non essendo da principio obbligatorii per l'erede: questa legge fu loro applicata più tardi dal senatoconsulto Pegasiano.

3) Il primo passo per unificare i legati e i fidecommessi venne fatto dai figli di Costantino togliendo pe'legati la necessità di quelle determinate formole; restarono nondimeno alcune sole differenze come quella che il legato doveva essere imposto ad un erede testamentario; se non chè non era nullo quello imposto ad altre persone, ma valeva come fedecommesso; fu serbata la necessità della lingua latina pe'legati, ma presto cadde in disuso; onde cessate così a mano a mano tutte le formalità speciali nei legati, Giustiniano potette equipararli in tutto e per tutto ai fedecom-

(p) *Gai.* Inst. II. 246. 267.—*Ulp.* Fragm. XXV. 1.—*Paul.* Receptae sent. IV. 1. §. 4. 6.— §. 3. Inst. de sing. reb. (2. 24.).—T. C. de fideicomm. (6. 42.).— *Ulp.* XV. 3. 8.—*Gai.* Inst. II. 270. — Ved. not. (l). — 273. §. 1. Inst. de codicill. (2. 25.). — L. 8. pr. de iur. codicill. 297.

(q) *Gai.* Inst. II. 278. Praeterea legata per formulam petimus; fideicommissario Romae quidem apud consulem, vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, perseguimur; in provinciis vero apud praesidem Provinciae.

(r) *Paul.* Rec. sent. IV. 1. §. 1. 3. — §. 1. Inst. de sing. reb. (2. 24.).

(s) *Paul.* Rec. sent. IV. 1. §. 16.—*Ulp.* Fragm. XXV. 6.

messi. Nel diritto novissimo adunque vi è una sola specie di legato, che si dimanda ora legato e ora fedecommesso, e tutte le regole di diritto sono applicabili combinatamente e senza distinzione.

SEZIONE II.

Dei fedecommessi universali.

T. Inst. de fideicommissaria hereditate (2. 23.). D. ad SC. Trebellianum (36. 1.). C. h. t. (6. 49.).

§. 306.

I. Concetto e requisiti del fedecommesso universale.

È fedecommesso universale la disposizione per la quale il testatore impone all' erede di restituire altrui tutta l' eredità od una parte.

1) Come nel legato singolare, così nel fedecommesso universale sono indispensabili tre persone, cioè la persona del fedecommittente o testatore, l' erede cui è imposta la restituzione, detto fiduciario, e la persona del fedecommissario. Per mezzo di un tale atto nasce a favore del fedecommissario una successione universale mediata, imperciocchè questi subentra a tutta la persona del defunto non immediatamente, ma mediante l' erede.

Questo istituto di diritto somiglia alla sostituzione, in quanto che l' erede fedecommissario è sostituito all'erede fiduciario, onde il nome di *fideicommissaria substitutio* (a); ma vi è questa rilevante differenza, che nella sostituzione volgare si richiede che l' istituito non adisca l' eredità; ovechè la sostituzione fedecommissaria riceve la sua validità appunto dall' accettazione dell' erede fiduciario.

Se l' erede deve consegnare altrui per comando del testatore l' eredità che gli venne da un terzo, questa disposizione non sarà un fedecommesso universale, ma un legato di cosa propria dell' erede (b).

2) Circa i requisiti valgono i principii osservati pei legati: ossia può ordinare fedecommessi colui che ha la *testamenti factio activa*, e può essere erede fiduciario o fedecommissario chi è capace a succedere per atto di ultima volontà.

3) Circa alla forma esterna, come il legato, il fedecommesso univer-

(a) L. 57. §. 2. h. t.—L. 16. C. de pact. (2. 3.).

(b) L. 17. §. 1. L. 27. §. 9. 10. h. t. *Ulp.* Iulianus quoque libro quadragesimo Digestorum fideicommissum tale valere ait: *fidei tuae committo, ut hereditatem Titii restituas*, quum esset is, qui rogatus est, a Titio heres institutus. — Confr. L. 114. §. 7. de legat. (30.).

sale è bene ordinato sia in un testamento come in un codicillo, in forma di preghiera o di comando, puramente o sotto condizione, espressamente o tacitamente (c). Ha luogo un fedecommesso tacito:

a) se il testatore proibisce di testare sull' eredità (d);

b) se ordina all' erede d' istituire una certa persona (e);

c) se lo istituisce in una *res certa* (§. 239);

d) se gli proibisce di alienare le cose ereditarie perchè sieno conservate ad una determinata persona (f);

e) se gl' impone di dividere l' eredità con altri (g).

Nel fedecommesso imposto ai discendenti è sottintesa la condizione che costoro morissero senza figliuoli (h).

(c) §. 2. Inst. h. t. In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto iure testamento heres instituatur, eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Quum igitur aliquis scripserit: *Lucius Titius heres 'esto*, poterit adiicere: *rogo te, Luci Titi, ut, quum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas restituas.* Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare; et liberum est, vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex die certo. — L. 2. de legat. (30.). — confr. L. 32. §. 1. de usufr. leg. (33. 2.). — L. 1. C. de usufr. (3. 33.). — L. 67. h. t.

(d) L. 74. pr. h. t. *Paul.* Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit, et ita de filia sua caverat: *'Εντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι.* (*Mando tibi, non testari, donec liberi tibi sint; — Versio vulg.*) pronuntiavit Imperator, fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petiisset, ut fratrem suum heredem faceret; sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.

(e) L. 17. pr. eod. *Ulp.* Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat. Et Senatus censuit, rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat, non posse, verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat, id est, quidquid ex hereditate sua consecutus est, ut ei restitueret. — L. 114. §. 6. de legat. (30.).

(f) L. 114. §. 14. eod. — Ved. §. 239. annot.

(g) L. 19. §. 1. L. 78. h. t. *Paul. Te rogo, Luci Titi, hereditatem meam cum Attio partiaris*; ex Senatusconsulto Trebelliano in eum, cui restituta est hereditas, actiones competere Aristo ait, quia pro hoc accipiendum sit: *rogo, hereditatem illam restituas*; nec verba spectantur Senatusconsulti, sed sententia quibuscunque verbis, dum testator senserit, ut hereditas sua restituatur.

(h) L. 102. de cond. et demonstr. (35. 1.). *Papinian.* Quum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit, ut, si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret; nepos liberis relictis intra aetatem suprascriptam vita decessit; fideicommissi conditionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum quam dictum fuerat, inveniretur. — L. 30. C. de fideicomm. (6. 42.).

II. Dell' acquisto di un fedecommesso universale.

§. 307.

Obbligo di accettare l' eredità.

È legge propria di ogni fedecommesso universale che esso non abbia valore prima che il fiduciario non accetti l' eredità; per togliere quindi dall' arbitrio del fiduciario la validità del fedecommesso, fu sancito dal senatoconsulto Pegasiano, che il fedecommissario possa costringere l'erede fiduciario ad accettare l' eredità, sanzione ripetuta da Giustiniano (a). Eccone i principii:

1) L' obbligo dell' erede è ristretto ai veri fedecommessi universali (b).

2) Il diritto di costringere il fiduciario all'accettazione spetta al solo fedecommissario, sia che a lui dovesse restituirsi tutta l' eredità, sia che dovesse restituirgliesene una parte (c). Se il fedecommesso fu ordinato sotto condizione, bisogna distinguere quando il fiduciario è erede *ex asse*, o quando abbia coeredi. In quest' ultimo caso non si potrà costringerlo ad accettare l'eredità prima che segua la condizione: ma sì quando il fiduciario è erede *ex asse*, specialmente perchè l' accettazione non può tornargli di pregiudizio, imperocchè secondo un rescritto di Antonino Pio, nel caso che manchi la condizione sotto cui fu istituito il fedecommesso, può l'erede contro l'accettazione farsi restituire in intiero (d). Se lo stesso

(a) *Gai*. Inst. II. 258.—*Ulp*. fragm. XXV. 16.—§. 6. 7. Inst. h. t.

(b) L. 14. §. 6-8. L. 15. pr. §. 1-6. h. t. *Hermogen*. Quare si fideicommissum pecuniarium alicui fuerit relictum, cessat compulsio, tametsi indemnitatis cautio offeratur. Proinde qui hereditatem rogatur restituere, is demum compellitur restituere. Sed et si quis bona rogatus sit, vel familiam, vel pecuniam rogetur, vel universam rem meam.

(c) L. 1. §. 9. L. 16. §. 8. 9. L. 28. h. t.

(d) L. 11. §. 2. L. 12. 13. pr. L. 31. h. t. *Marcian*. Si cui pure libertas, et per fideicommissum sub conditione hereditas relicta est, cogitur heres adire hereditatem, si suspectam dicat, et restituere; et deficiente conditione libertas ei eripi non potest. Si autem ei, qui in diem libertatem accepit, hereditas per fideicommissum relicta fuerit, suspectam eam interim non posse adiri, Divus Pius Cassio Hadriano rescripsit, quum non potest nondum libero hereditas restitui; nec rursus contra voluntatem defuncti libertatem esse praestandam. Si sub conditione heres institutus, rogatusque hereditatem restituere, non vult conditioni parere, et adire hereditatem, si facti est conditio, debet parere, et adire , et restituere; vel si in dando sit, offerente fideicommissario, recusante autem herede factum adimplere, licentia dabitur fideicommissario secundum imitationem dationis factum implere; et tunc necessitas imponitur adire hereditatem. Ceterae conditiones, quae non sunt in potestate heredis, ad officium Praetoris non pertineant. — L. 1. §. 6. de separat. (42. 6.).

fedecommissario deve a volta sua restituire altrui l' eredità, e trascura di costringere il fiduciario all' adizione, questo diritto si trasmette altresì a colui al quale in definitiva ricader deve l' eredità (e).

3) L' erede fiduciario può essere costretto assolutamente ad accettare l' eredità anche quando dimostra ciò non convenirgli come per insufficienza delle sostanze rispetto ai debiti (f): nè l' incapacità del fiduciario nè il trascorso del tempo utile per l' *agnitio* della *bonorum possessio* impediscono le azioni del fedecommissario (g). Se l'erede fiduciario ha chiesto il tempo per deliberare, può essere costretto anche durante questo, sebbene prima che finisca il termine ha sempre vantaggio di adire volentieri la successione (h).

Se il fiduciario è stato istituito sotto condizione, può essere costretto all' accettazione solamente dopo seguita la condizione, eccetto quando essa dev' essere considerata come non scritta (i).

Se la condizione è puramente potestativa, l' erede fiduciario può essere costretto ad adempirla (k); e se consiste nel dare una somma di da-

(e) L. 55. §. 2. h. t. *Papinian.* Qui fideicommissum hereditatem ex Trebelliano, quam suspecta diceretur, totam recepit, si ipse quoque rogatus sit alii restituere, totam restituere cogetur; et erit in hac quoque restitutione Trebelliano locus, quartam enim Falcidiae iure fideicommissarius retinere non potuit. Nec ad rem pertinet, quod, nisi prior, ut adiretur hereditas, desiderasset, fideicommissum secundo loco datum intercidisset, quum enim semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur. Non est contrarium, quod legata cetera non ultra dodrantem praestat; aliud est enim ex persona heredis conveniri, aliud proprio nomine defuncti precibus adstringi. Secundum quae potest dici, non esse priore tantum desiderante cogendum institutum adire, ubi nulla portio remansura sit apud eum, utique si confestim, vel post tempus eum fructibus rogatus est reddere; sed et si sine fructibus rogatus est reddere, non erit idonea quantitas ad inferendam adeundi necessitatem. Nec ad rem pertinebit, si prior etiam libertatem accepit, ut enim pecuniam, ita nec libertatem ad cogendum institutum accepisse satis est. Quodsi prior recusaverit, placuit, ut recta via secundus possit postulare, ut heres adeat, et sibi restituat.

(f) L. 9. §. 2. h. t. *Ulp.* §. 2. Quod si suspectam dicit, profiteri debet, non sibi expedire adire hereditatem, neque hoc dici oportere, non esse solvendo, sed profiteri eum oportet, quod non putat sibi expedire hereditatem adire.

(g) L. 16. §. 15. L. 63. §. 14. h. t. *Ulp.* §. 15. Hi, qui solidum capere non possunt, ex asse heredes instituti, et rogati restituere solidum, adire hereditatem, et restituere coguntur, quum nihil oneris apud eos remansurum sit.

(h) L. 71. h. t. *Maecian.* Omnes, qui de hereditate deliberant, desiderante eo, qui suo periculo velit adiri hereditatem, coguntur adire sed non statim restituere, sed ut completo tempore deliberationis, si expedire sibi compererint hereditatem, sentiant commodum testamenti eo iure, quo, si sponte adiissent; sin vero contra onerosam crediderint, restituta ea exonerentur actionibus hereditariis.

(i) L. 63. §. 9. h. t. *Gai.* §. 9. Quodsi conditio adscripta est, et ea est, quam Praetor remittit sufficere Edictum, ut Iulianus ait, et hactenus iubendus est, ut constituat praetoriis actionibus uti, aut petat honorum possessionem secundum tabulas, ut ita nactus actiones tunc restituta hereditate transferat eas ex Senatusconsulto.

(k) L. 31. §. 2. L. 63. §. 8. h. t. — Ved. not. seg.

naro, questa può essere offerta dallo stesso fedecommissario, costringendo egli per questa via l' erede fiduciario ad accettare (l).

4) L' accettazione forzata dell' eredità non ha effetti dissimili dalla volontaria; onde il testamento non è *destitutum*, e restano valide tutte le istituzioni accessorie contenute in esso: nè quindi è possibile l' acquisto dell' eredità da parte del sostituto volgare (m).

Ma l'erede forzato rimane erede di pura forma; in sostanza egli è reputato estraneo alla medesima, e tutti i vantaggi e i pregiudizii che gli sarebbero venuti dall' accettazione volontaria, ricadono sull'erede fedecommissario che lo costrinse (n): onde se doveva restituire solo una parte dell' eredità, costretto ad accettare, la restituisce intera (o). Nondimeno anche in questo caso sopravanza all' erede fiduciario qualche vantaggio e specialmente:

a) Tutto ciò che lucra *conditionis implendae causa* non è obbligato di ritornare all' erede fedecommissario (p), nè i frutti raccolti fino alla reale restituzione dei beni (q).

b) Quando in favore del fiduciario è stato disposto un legato a condizione, che non diventi erede, il coerede, poichè in apparenza il primo eredita, non è tenuto a nulla, ma il fedecommissario deve prestare al fiduciario tutto il legato (r).

(l) L. 7. 31. §. 2. L. 63. §. 8. h. t. *Gai.* §. 8. Si daudae pecuniae eonditio adscripta est heredi, debet el offerre pecuniam is, qui poscit fideicommissum, ut hereditatem impieta conditione possit adire et restituere.

(m) L. 11. §. 1. L. 14. §. 3. L. 27. §. 15. L. 63. §. 13. L. 66. pr. h. t. *Ulp.* Idem Iulianns ait, si duo fuerint a patre instituti cum filio eius impubere, et iidem suhstitnti filio, sufficere ei, qui fideicommissum in secundis tahulis aceepit, unum ex heredibus insiitntis eogere adire patris hereditatem; hoe enim facto eonfirmatisqne patris tahulis, poterunt ex suhstitutione ambo eogi adire, et restituere hereditatem.

(n) §. 7. fin. Iust. h. t.—L. 4. 27. §. 2. L. 55. §. 3. L. 59. pr. h. t. *Iulian.* §. 2. Qui suspectam sihi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset, aut non adiisset. Et ideo si pupillo substitutus fuerit ita: *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto*, hereditatem, quae ex snbstitutione ad eum pervenerit, restituere eogendus erit; si vero detracto hoc artieulo: *quisquis mihi heres erit*, substitutus ita fuerit: *Titius filio meo heres esto*, tum, si solus patri heres extiterit, nihilo minus cogendus erit hereditatem pupilli restituere. Si vero coheredem hahuerit, retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire.

(o) L. 16. §. 8. h. t.—eonfr. L. 1. §. 9. L. 16. §. 8. 9. L. 28. pr. §. 1. 2. L. 63. §. 11. h. t.

(p) L. 44. §. 4. 5. de eond. et demonstr. (35. 1.). *Paul.* Sed quum suspectam adiit, et restituit, duhitahatur an ei aufereudum sit; et henignius est, et in hoc casu ei auferri.

(q) L. 27. §. 1. h. t.

(r) L. 27. §. 15. h. t. *Iulian.* §. 15. Sed si eidem legatum esset sub hac conditione, si heres non esset, et suspectam sihi hereditatem dicat, non aliter cogendus est adire, quam ut legata, quae sub conditione, si heres non esset, data erant, restituantur, non quidem a coheredibus, ne onerentur, sed ab eo, cui restituta fuerit hereditas; nam sicut explendae fidei gratia cogendus est hereditatem, ita ob id ipsum damno affici non debet.

c) I *iura sepulcrorum* e le *operae libertorum* sono riservate all'erede fiduciario anche quando accetti forzato (s).

Una volta costretto l' erede fiduciario, s'intende che non può più esimersi dalla restituzione, e le azioni del fedecommessario *ipso iure* si trasmettono altresì contra ai successori del fiduciario. Che se la restituzione diventa impossibile, pel rescritto di Antonino Pio il fiduciario può ottenere di essere restituito in intiero contro l' accettazione (t).

§. 308.

2) Obbligo del fiduciario alla restituzione.

L'erede fiduciario ha obbligo di restituire all'erede fedecommissario in tutto o in parte l' eredità come fu disposto dal testatore: ed è bastevole una dichiarazione di volontà fatta o direttamente all'erede fedecommissario, ovvero al suo procuratore: dopo di che a qualunque dei due si ritorna il fedecommesso insieme coi frutti raccolti dall' erede (a). Il fiduciario inoltre è tenuto per dolo e colpa lata, e quando restituisce in parte, anche per *diligentia in suis rebus*; dopo la mora è tenuto per ogni danno e per rimborso di tutti i frutti (b).

È chiaro che dovendo l' erede fiduciario restituire al fedecommissario i beni della successione, gli è impedito di alienarli a pena di nullità: questa regola è eccettuata:

1) quando il testatore diè permesso d' alienare (c);

2) quando vi fu consenso del fedecommissario (d):

(s) L. 42. §. 1. L. 55. pr. §. 3. h. t. *Paul.* Restituta hereditate iura sepulcrorum apud heredem remanent.

(t) L. 44. pr. L. 67. pr. L. 11. §. 2. h. t. — L. 1. §. 6. de separat. (42. 6.).

(a) L. 27. §. 1. L. 37. pr. L. 38. 40. §. 2. I. 41. 42. 66. §. 1. h. t.

(b) L. 19. 22. §. 3. L. 27. §. 1. L. 44. §. 1. eod. *Ulp.* Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliae res perierint, placet, non cogi eum reddere, quod non habet; culpae plane reddere rationem, sed eius, quae dolo proxima est; et ita Neratius libro primo Responsorum scribit. Sed et si, quum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, huiusmodi rei rationem reddet. Sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem; praeterea si qui partus exstant, et partuum partus, quia in fructibus hi non habentur. Sed et ipse, si quem sumtum fecit in res hereditarias, detrahet. Quodsi sine facto eius, prolixitate temporis aedes usu acquisitae sint, aequissimum erit, nihil eum praestare, quum culpa careat.

(c) L. 70. §. 3. de legat. (31.). *Papinian.* Quum autem rogatus, quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur.

(d) L. 11. C. de fideicomm. (6. 42.).

3) quando l' alienazione fu necessaria per pagare i debiti dell' eredità (e);

4) quando essa fu di cose soggette a perimento, e quindi necessaria per conservare il patrimonio (f);

5) quando il figlio erede è obbligato di prendere dall'eredità per costituire una dote conveniente (g);

6) Nel caso che il testatore avesse imposto di restituire al fedecommissario quanto dell' eredità rimanga dopo la morte del fiduciario (*quidquid superit ex hereditate*), ma questi potrà alienarne, non disporne per atto di ultima volontà, tre quarte parti; od anche l'ultima parte in caso di bisogno come per redimere prigionieri (h).

Il fiduciario che contro questa legge avesse alienato le cose ereditarie, ne deve imputare il valore nella quarta Trebellianica, restando nulle tutte le alienazioni fatte oltre il montare di questa *quarta*, e però sono impugnabili con un' *actio utilis;* le cose devono essere restituite in natura, e si può pretendere quello che l' erede abbia lucrato mediante tali alienazioni (i).

Sebbene l' erede fiduciario sia obbligato di restituire all' erede fedecommissario quello che gl' impose il testatore, tutta l' eredità, o parte di essa, tuttavia nella restituzione non sono comprese le seguenti cose:

1) tutto quello che al fiduciario non pervenne dall' eredità, ovvero da questa, ma non come ad erede (k);

(e) L. 38. pr. de legat. (32.). *Scaev.* Pater filium heredem praedia alienare, seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex iustis nuptiis, et ceteris cognatis, fideicommiserat; filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore numis novi creditoris a priore in sequentem creditorem pignoris hypothecaeve nomine transtulit; quaesitum est, an pignus recte contractum esset. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, recte contractum. Idem quaesiit, quum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emtores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint. Respondi, secundum ea, quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset. — conf. L. 114. §. 14. de legat. (30.).

(f) L. 22. §. 3. h. t. — Ved. not. (b). — confr. L. 7. de legat. (31.).

(g) L. 22. §. 4. h. t. *Ulp.* Quum proponeretur quidam, filiam suam heredem institutisse, et rogasse eam, ut, si sine liberis decessisset, hereditatem Titio restitueret, eaque, dotem marito dedisse certae quantitatis, mox decedens sine liberis, heredem instituisse maritum suum, et quaereretur, an dos detrahi possit, dixi, non posse dici in eversionem fideicommissi factum, quod et mulieris pudicitiae, et patris voto congruebat; quare dicendum est, dotem decedere, ac si, quod superfuisset, rogata esset restituere. Quodsi tantos fructus ex hereditate mulier percepit, ut inde poterit doti satisfieri, dicendum est, potius fructibus hoc expensum ferendum, quam fideicommisso.—Nov. 39. cap. 1.

(h) Nov. 108. cap. 1.— confr. L. 54. h. t.— L. 70. §. 3. L. 71. 72. de legat. (31.).

(i) L. 3. §. 3. h. t. *Cels.* Res, quae ab herede alienatae sunt, in quartam imputentur heredi. — L. 1. 3. §. 2. C. comm. de legat. et fid. (6. 43.).

(k) L. 59. in fin. L. 68. 72. §. 1. h. t. *Paul.* §. 1. Ea, quae dotem dabat, pacta erat cum

2) il prelegato, quelle parti veramente dovute dai coeredi (l);

3) quando solo la sua porzione è obbietto di fedecommesso, egli non è obbligato di restituire quello che ebbe per diritto di accrescimento, eccetto quando fu costretto ad accettare l' eredità (m);

4) i frutti raccolti dal possesso fino al tempo della restituzione o della mora (n).

La restituzione può essere ancora più limitata per volontà di testatore, specialmente quando questi permette all' erede di ritenere certi oggetti (o); o più estesa come rispetto ai frutti, ed a quanto il fiduciario acquista incluso anche il prelegato (p); ma non mai a quello che al legatario pervenne per contratto tra vivi, o per diritto suo proprio (q) (§. 305. num. 4.).

§. 309.

2) Diritti del fiduciario e quarta Trebellianica.

Entrato nell' eredità, il fiduciario ha diritto di amministrarla come proprietario, ed esercitarne i diritti contro chiunque, ed acquista con la separazione il diritto sui frutti.

Oltre a ciò ha diritto di chiedere il rimborso delle spese fatte, e la liberazione dagli obblighi nati con l' accettazione dell' eredità (a).

Come nei legati singolari, così nel fedecommesso universale l' erede

marito, ut mortua se in matrimonio dotis pars matri eius redderetur, nec eo nomine stipulatio a matre interposita est; moriens deinde matrem et maritum suum heredem fecerat, et a matre petierat, ut hereditatem Titio restitueret; iudex addictus de hereditate dividenda partem dotis quasi ex utili pacto pro parte matri adiudicaverat; quaerebatur, an et ea portio ex causa fideicommissi praestanda sit. Quam non esse restituendam puto, quia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto accepit, nec occasione hereditatis, sed errore ex pacto eam habuit. — L. 44. §. 4. de cond. et dc monst. (35. 1.).

(l) L. 18. §. 3. h. t. *Ulp.* Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit; ceterum quod a semel ipso ei relictum est, in fideicommissum cadit, et id Divus Marcus decrevit.

(m) L. 43. eod. *Ulp.* Papinianus tractat, si quis heres institutus ex semisse rogatus sit restituere hereditatem, et eam suspectam dicens compulsus adiit, deinde fideicommissarius ignarus sit, accrevisse portionem hereditatis post, restitutionem scripto heredi, an opus sit ei alia actione. Et ait, securum esse eum posse; de illo plane loco solo quaerendum ait, an ei opus sit nova restitutione, posteaquam portio accrevit.

(n) L. 18. pr. §. 2. L. 27. §. 1. eod. *Ulp.* In fideicommissaria hereditatis restitutione constat, non venire fructus, nisi ex mora facta est, aut quum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere.—confr. not. b.

(o) §. 9. Inst. h. t.—L. 18. pr. cit.—Ved. not. prec.—L. 3. §. 4. h. t.—L. 16. C. h. t. (6. 42.).

(p) L. 77. §. 12. de legat. (31.).

(q) Ved. not. preced.

(a) L. 19. §. 2. L. 22. §. 3. L. 36. 69. h. t.— Ved. §. 308. not. (b)— confr. L. 40. §. 1. de cond. ind. (12. 6.). — L. 58-60. de legat. (30.).

fiduciario ha diritto di avere libera la quarta parte dell' eredità, ovvero della sua porzione; e per conseguenza ha, in caso che il fedecommesso sorpassi le tre quarte parti dell' eredità o della porzione ereditaria, la facoltà di diminuire in proporzione il fedecommesso. Questa *quarta* a somiglianza della Falcidia è detta Trebellianica, introdotta prima dal SC. Pegasiano, compresa nel SC. Trebelliano, e qualche volta detta anche nei testi Falcidia (b).

In generale le regole osservate per la sottrazione della qnarta Falcidia sono applicabili al fedecommesso universale, per la qualcosa l' erede fiduciario deve imputare nella sua *quarta* tutto quello che lucra dall' eredità come erede (c). Così vi sono imputate:

1) quelle cose che sono escluse dalla restituzione per volontà del testatore, e che appartengono alla sua quota ereditaria (d);

2) la somma che forse il fedecommissario gli deve per corrispettivo (e);

(b) §. 9, Inst. h. t. L. 27. §. 10. L. 64. §. 3. h. t. *Iulian.* §. 10. Qnodsi Maevius te rogaverit, et snam hereditatem, et Titianam restituere, tuque sponte adieris hereditatem, nteris legis Falcidiae commodo, et partem quartam Maevianae hereditatis retinebis, dimidiam et quartam ex fideicommisso restitues, nec intererit, eidem utramque hereditatem, an alii Maevianam, alii Titianam rogatns fueris restitnere. Sed si suspectam Maevianam hereditatem dixeris, cogeris eam adire, et restituere ei, cui rogatns fueris, is autem, cui Titianam hereditatem restituere rogatus fueris.—*Gai.* Inst. II. 254.

(c) L. 91. ad leg. Falc. (35. 2.). *Marcian.* In quartam hereditatis, qnam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit; nam hae in quartam non impntantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere, vel dednoere, vel retinere iussus est, in qnartam id ei imputatur; pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est, quod a coherede accipitur.

(d) §. 9. Inst. h. t.—L. 91. cit.L. 58. §. 3. h. t.*Papinian.* Acceptis centum, centum hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam iure Falcidiae percipere videtur; et ita Divi Hadriani Rescriptnm intellectum est, tanquam si ex bonis nnmos retenturus fuisset. Qnod tunc quoque respondendum est, quum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur. Diversa causa est praediorum pro hereditaria parte retentorum, quippe pecunia omnis de portione retineri potest; praediornm autem alia portio non nisi a coherede, qui dominium habet, accipitur. Quum autem praedia maioris pretii, quam portio hereditatis, essent, in superfluo praediorum petenti fideicommissario Falcidiam intervenire visum est; concurrentem enim pecuniam compensari placuit.

(e) L. 30. §. 7. ad leg. Falc. (35. 2.). *Maecian.* Tametsi autem legis Falcidiae ratione, quae conditionis implendae causa heredi sunt data, in quartam non computantur, tamen id, quod non fignra conditionis accipere iussns est ab eo, cni hereditatem restituere rogatns est, Celso et Iuliano nostro placuit compntari, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iussus esset, quia non conditionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi. Quo loco amplius quaesitnm est, an fideicommissarius quoque invitns cogatur dare eam snmmam, et recipere hereditatem, quasi et ipsius fideicommissum esset. Sed id verisimile non est, qnum talis oratio magis ipsius causa, quam contra ipsum posita videatur.

3) il prezzo delle cose alienate (f);

4) i frutti del fedecommesso dal possesso alla restituzione (g).

Tuttavolta non è imputato nella quarta Trebellianica;

1) quello che l' erede riceve *conditionis implendae causa* (h);

2) il prelegato, quelle parti veramente che gli devono i coeredi, e lo stesso fedecommissario, se è pure erede (i);

3) la porzione legittima riservata al fiduciario.

In forza di questo diritto all' erede fiduciario spettano le azioni tutte concesse per la quarta Falcidia (§. 292).

ANNOTAZIONE

È ancora oggi molto controverso, se l'applicazione dei principii della legge Falcidia al fedecommesso sia perfetta, o vi resti notevole differenza. *Cuiacio* con moltissimi antichi e moderni giureconsulti negano qualunque differenza, opinando che la quarta Trebellianica sia la quarta Falcidia stessa applicata al fedecommesso universale. Altri introducono una distinzione tra le due *quarte*, la quale in generale consiste in ciò, che nella quarta Falcidia bisogna imputare solamente quello che l'erede acquista *titolo hereditario*, nella quarta Trebellianica all' incontro quanto ancora *il* fiduciario erede lucra *titulo singulari ex iudicio defuncti*.

Ma quelli che mantengono questa seconda opinione non sono concordi tra loro; alcuni vogliono che il fiduciario sia obbligato a computare tutto quello che riceve *ex iudicio defuncti* (l): altri eccettuano dalla restituzione quello che il fiduciario ha ricevuto *conditionis implendae causa* (m), ed altri più larghi accettano che il fiduciario non abbia ad imputare nella *quarta* quello che ha ricevuto *conditionis implendae causa*, senza distinguere se la somma gli fu prestata da un altro coerede, ovvero dallo stesso fedecommissario (n). Rispetto al prelegato alcuni vogliono che tutto dev' essere imputato nella quarta Trebellianica, anche la parte dovuta dai coeredi; altri non fanno a questo proposito distinzione tra la quarta Falcidia e la Trebellianica (o).

Meditando sul carattere del fedecommesso e delle leggi che accomunano a questo istituto la facoltà di sottrarre la *quarta*, si è condotti a riconoscere senz'altro che la Trebellianica non è che l' applicazione della legge Falcidia al fedecommesso.

(f) L. 3. §. 3. h. t. — Ved. §. 308. not. (i).

(g) L. 18. §. 1. 2. L. 22. §. 2. L. 58. §. 5. b. t. Ante diem fideicommissi cedentem fructus et usurae, quas debitores hereditarii, quum postea cessisset dies, solverunt, item mercedes praediorum ab herede perceptae portioni quadrantis imputabuntur. — L. 18. §. 1. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 6. C. h. t. (6. 49.).

(h) L. 30. §. 7. ad leg. Falc. (35. 2.). — Ved. not. (e).

(i) L. 86. eod. L. 24. C. fam. ercisc. (3. 36.).

(l) Ved. *Faber*, coniect. VI. 3-5.—*Lauterbach*, colt. theor. pract. lib. XXXVI. t. 1. §. 30.—*Pfeifer*, de praelegatis §. 23.—*Netelblatt*, prelegati §. 7. 8.—*Bertram*, de rebus singulari titulo relictis in quarta Falcidia imputandis, Heidelb. 1834. §. 1.

(m) *Voet*, ad Pand. XXXVI. tit. 1. §. 48.—*Hofacker*, princ. iur. civ. §. 1538.—*Malblanc*, pr. iur. Rom. §. 768.

(n) *Westphal*, legat. II. §. 1336.

(o) *Donelli*, com. iur. civ. VII. 30. §. 11.—*Thibaut*, sist. 922.—*Puchta*, pand. §. 546. not. h.—*Westphal*, o. c.

E davvero il senatoconsulto Trebelliano considerava il fedecommissario *heredis loco*, scevero quindi da qualunque riduzione; onde avveniva spesso che il fiduciario ripudiava l'eredità che poco o nulla gli fruttava. Il senatoconsulto Pegasiano sancì sempre spettare all'erede fiduciario la quarta parte della quota ereditaria, dovendo il fedecommissario, quando la restituzione superava i tre quarti di questa quota, tenersi non più come *heredis loco*, ma come *legatarii loco:* ed a questo modo fu possibile giuridicamente mettere in atto i principii della legge Falcidia nel fedecommesso universale. Dalla origine della quarta Trebellianica si scorge chiaramente, che non fu fondato un altro principio, ma si cambiò in dati casi il carattere del fedecommissario, reputato per l'innanzi sempre *heredis loco*, e fu sottoposto come un qualunque legatario ai principii della legge Falcidia. Questo concetto è tanto lucido per Gaio, che pare follia contraddirlo (p), in molte leggi delle Pandette si legge apertamente l'intera applicazione della legge Falcidia ai fedecommessi (q), e questo concetto riappare nel linguaggio stesso che non seppe fissare un nome speciale per questa quarta (r).

Se fosse vero che il fiduciario imputa nella sua *quarta* tutto quello che riceve *titulo singulari ex iudicio defuncti*, dovrebbe conferire tutto il prelegato, quella parte ancora che s'impone agli altri coeredi, e questo risultato è contrario a due leggi, variamente interpretate (s).

a) L. 86. ad leg. Falc. *Iulianus:* « Titio testamento suo, Titium fratrem suum, « ex parte tertia heredem instituit, fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat; eodem fratri quaedam praedia « praelegavit; quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat? Respondi: Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari debere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur ». Diverse e singolari interpretazioni si tentarono su questo frammento (t); che non può essere pienamente compreso se non si richiama il diritto anteriore a Giustiniano. In effetti prima di Giustiniano si distingueva se la restituzione del fedecommesso avea luogo *ex SC. Pegasiano*, ovvero *ex SC. Trebelliano*. Il primo decretava che, quando il fedecommesso sorpassasse le tre quarte parti dell'eredità, il fedecommissario dovea essere considerato come un successore singolare; mentre pel SC. Trebelliano non cessava mai di essere successore universale. Ciò premesso, la legge recitata pone: Tizio è istituito erede in una terza parte, e riceve oltre a ciò un fondo come prelegato; quindi è rogato di restituire altrui tutta la sua porzione ereditaria; egli al tempo della restituzione deve imputare un terzo del prelegato nella sua *quarta*, ossia pre-

(p) *Cuiac.* abss. VIII. 4. (ved. op. om. IV. p. 908. 1046. 1232). — *Bach*, de his, quae imputantur in quartam fideicommissariam §. 4. (opusc. n.° 12.). — *Moeller*, de quarta Trebellianica quam vocant, Heidelberg. 1816. — *Lindelof*, archiv. di prat. civ. IV. N.° 30. — *De Pforden*, de praelegatis §. 28. — *Rosshirt*, legati I. pag. 186. — *Mühlenbruch*, III. §. 767. — *Arndts*, pand. §. 584.

(q) *Gai.* Inst. II. §. 254.

(r) L. 27. §. 10. L. 64. §. 3. h. t. (36. 1.).

(s) *Brisson.* de V. sign. ved. Falcidia n.° 3. — *Dicksen*, manuale ved. Falcidia §. 3.

(t) *Westphal*, legat. II. 1833. — *Buchholz*, prelegat. p. 477. 512.

cisamente quella parte che avrebbe dovuto pagare a sè stesso; poichè pel senatoconsulto Pegasiano, secondo cui in questo caso è regolato il fedecommesso, egli rimane sempre erede di un terzo; se al contrario gli fu imposto di restituire l'eredità dopo sottratta la quarta Falcidia, allora egli deve imputare solamente $^1/_{12}$, dappoichè, dovendosi in questo caso restituire *ex SC. Trebelliano*, la parte ereditaria del fiduciario si diminuisce di quanto appunto deve restituire, di guisa che potrà egli reputarsi erede solamente di $^1/_{12}$. Si comprende che bisogna attendere oggi all' ultima decisione, giacchè dopo Giustiniano devesi sempre restituire *ex SC. Trebelliano*. Ma da questa legge si ricava che il fiduciario non è tenuto d' imputare nella sua quarta, che quello che lucra *iure hereditario*.

b) L' altra è la legge 24. C. fam. ercisc. (3. 36.), ch' è un rescritto di Massimiliano, e Diocleziano: « Filium, quem, habentem fundum, portionem hereditatis fra-« tibus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator, « post eius conditionis eventum hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, « compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest « in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam ha-« bens reddere compellitur ». Questa legge, che *Cujacio* stesso chiama la più difficile di tutto il Codice, è stata anche diversamente interpretata (u); la migliore interpretazione sembra quella appunto di questo giureconsulto tolosano. Egli distingue i seguenti casi. Alcuno muore lasciando un patrimonio di 700, istituisce eredi 7 persone, tre figli e quattro estranei; all' un dei figli lascia un prelegato del valore di 28, ma nel medesimo tempo gl'impone di restituire la porzione ereditaria agli altri due fratelli, e a due degli estranei. Come questo figlio possa dedurre la *quarta* è la regola contenuta nella legge citata. L'erede fiduciario prelegatario, dovendo restituire la sua porzione ossia 100 agli altri quattro, deve conservarne libero il quarto ossia 25; ma poichè sulla sua porzione pesa il settimo del prelegato ossia 4, e questo va imputato nella sua quarta, e poichè egli fa compensazione rispetto ai fedecommessarii dei 16 che costoro gli doveano come *mutuum legatum*, (4 di prelegato per ognuno, (*compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit*), gli resta a conseguire per compiere la quarta altri 5, e di tanto riduce il fedecommesso ai quattro fedecommessarii (*si quid deest in supplemento deducto*), conservando inoltre liberamente a sè gli 8 del prelegatario che riceve dagli altri due eredi, non fedecommessarii (*quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens*) (v). Anche da questa legge adunque si rileva che il fiduciario non deve altro computare del prelegato nella sua *quarta Trebellianica*, che quello che deve a sè stesso, ossia quello che lucra *iure hereditario*.

Inoltre chi mantiene la distinzione tra le due *quarte*, per essere conseguente dovrebbe ammettere che il fiduciario sia obbligato ad imputare nella sua *quarta* anche quello che riceve *conditionis implendae causa*; ma questo è apertamente contraddetto dalla legge 30. §. 7. ad leg. Falc.

Nondimeno si noti una specialità. È regola generale che l'erede fiduciario debba imputare nella sua *quarta* ciò che lo stesso testatore escluse dalla restituzione. Ora

(u) *Schacher* de rescripto Diocl. et Maxim. in L. 24. C. fam. herc. Lips. 1770. §. 2. — *Buchholtz*, o. c. p. 647.

(v) *Cuiac*. op. omn. IV. pag. 908. 1046. — *Moeller* cit. §. 11.— *De Pforden*, o. c. §. 33. p. 106.

queste cose si acquistano esse per diritto ereditario, ovvero *iure singulari* ? Ecco una grande difficoltà.

A primo aspetto sembra che l' erede le acquisti *iure hereditario*, e l' imputazione di esse concorderebbe coi principii stabiliti. Senonchè maturando le idee, si giunge al resultato differente, che esse sono dall' erede fiduciario acquistate *iure singulari;* e ciò significherebbe una notevole differenza tra la Falcidia e la quarta Trebellianica.

L'opinione, che le cose escluse dal fedecommesso siano acquistate *iure hèreditario*, discorre così: queste cose fin dal principio sono già nella porzione ereditaria del fiduciario, e però venuto il momento della restituzione, conserva sempre nella sua porzione ereditaria le cose eccettuate, e restituisce il resto, nè cambia di titolo il suo possesso. Tutto ciò sarebbe vero quante volte fosse imposto al fiduciario di restituire appunto quest' avanzo, ma al contrario egli deve restitûire tutta l' eredità, o tutta la porzione ereditaria, nè altrimenti potrebbe essere di un fedecommesso universale, poichè la restituzione di un avanzo sarebbe sempre un fedecommesso singolare incapace di trasmettere le *actiones hereditariae*.

Piuttosto il ragionamento va fatto così: l'erede fiduciario deve restituire, tutta la sua quota ereditaria, ne riceve in cambio dal fedecommessario come un fedecommesso singolare quelle cose eccettuate, che egli senz'altro ritiene nel restituire ma sempre *titulo singulari*, come se le ricevesse di poi dal fedecommessario.

In diritto poi l'imputazione di queste cose, sebbene lucrate *titulo singulari*, è giustificata dall'idea che il testatore invece di far ridurre il fedecommesso all'erede, può prendere in favore di lui tali disposizioni che gli assicurino quanto appunto ritrarrebbe egli esercitando il diritto della quarta Trebellianica; è del tutto indifferente quale sia la forma del disporre, se tra vivi o *mortis causa*, se *titulo singulari* o *universali* (vv). Non certo una qualunque disposizione in favore dell' erede è da presumere a quest'intento, senza chiara volontà del testatore: ma quando nella istituzione di un fedecommesso il testatore ha messo l' obbligo alla restituzione , *retenta* o *praecepta re*, l'espressione è sufficiente a desumerne che questa cosa fu dal testatore concessa all'erede fiduciario per farla imputare nella quarta Trebellianica, come per aperto comando (v).

In conchiusione si può affermare non esservi distinzione di sorta alcuna tra la quarta Falcidia e la Trebellianica, e che questa singolarità della Trebellianica non abilita punto a conchiudere che il fiduciario sia obbligato ad imputare nella sua *quarta* quello che riceve *titulo singulari*, posciachè nasce da condizioni speciali che è impossibile incontrare nei legati e fedecommessi singolari (x).

Ma la controversia si rinnova acremente per un passo di Marciano, la leg. 91. ad leg. Falcidiam. Il giurista romano così si esprime: « In quartam hereditatis, « quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure here« ditario capit, non quas iure legati, vel fideicommissi, vel implendae conditionis « causa accipit, nam hae in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria here« ditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive prae« cipere, vel deducere, vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur, pro ea

(vv) Confr. L. 56. §. ult. L. 75. 90. h. t.—L. 11. C. h. t.
(v) Confr. L. 58. §. 3. 93. h. t.—L. 77. de legat. (31).
(x) Ved. le note nell'ediz. di *Fab. Spangebrg*, ad h. t. Bas. XLI. 91. tom. V. n. 398.

« vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est, quod a coherede accipi-
« tur. Sed etsi accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit,
« in quartam ei imputatur, ut D. Pius constituit. *Sed et quod implendae conditionis*
« *causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, scien-*
« *dum est;* si quid vero implendae conditionis heres accipiat a legatariis, in Falcidiae
« computationem non prodesse, et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si
« quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri, et
« quinquaginta extra hereditatem habere, ne in quartam ei imputentur». La difficoltà più seria che presenta questa legge è per le parole poste in corsivo, cioè che il fiduciario deve imputare nella sua quarta tutto quello che riceve dal fedecommissario *conditionis implendae causa*, onde Marciano rovescia così la teoria della leg. 30. §. 7. *ad leg. Falcidiam*. Quanti tentativi sono stati fatti per interpretare convenientemente questo frammento sono riusciti inutili. Non è improbabile esser stato il frammento alterato, nè mancano argomenti di qualche peso; ed è anzi certo che mancano quelle parole completamente nell'antico manoscritto fiorentino: certa l'alterazione del testo, sarebbe a vedere se è genuino il manoscritto dal quale fu tolta la legge. Confrontando quest'ultimo con le Basiliche si scorge la medesima mancanza e l'opinione che il manoscritto fiorentino sia solo verace acquista più autorità (y); nè togliendo quelle parole si altera la costruzione del pensiero, imperocchè le parole *si quid vero impl. cond. etc.* fanno benissimo seguito al caso: *Sed etsi accepta pecunia etc.* (z). Tolta questa difficoltà, il resto della legge non è contrario ai principii stabiliti, quantunque da Marciano si dica che il fiduciario debba ancora imputare nella sua *quarta* ciò che riceve per legato o fedecommesso singolare; ma innanzi egli stesso distingue che non è obbligato ad imputare se non quella parte del legato e del fedecommesso, che deve a sè stesso, e non quello che riceve dagli altri coeredi.

§. 310.

III. Conseguenze della restituzione.

In seguito alla restituzione dell'eredità, obbietto del fedecommesso universale, il fedecommessario è considerato come erede, assolutamente, se ricevette per volontà del testatore intera l'eredità, parzialmente, se l'obbietto della restituzione n'è una parte sola, sia per intenzione del testatore, sia per riduzione della quarta Trebellianica (a).

In qualunque modo diventi egli in tutto o in parte proprietario delle cose ereditarie, subentra in tutti i diritti e obblighi della successione: onde a lui spettano utilmente tutte le azioni ereditarie e le potrà dirigere anche contro lo stesso fiduciario, se questi fosse debitore del defunto; in generale per tutta l'eredità, o porzione ereditaria potrà esercitare la *fideicommissaria hereditatis petitio* (b). Dall'altra parte come ogni altro erede può

(y) Ved. *Cuiac.* cit. *Moeller* cit. *de Pforden* cit. pag. 100.

(z) *Vangerow*, o. c. §. 536.—*Arndts*, § 584. ved.—*Puchta*, Pand. §.546. rect. §. 546. not. 3.

(a) §. 4. 7. Inst. h. t. (2. 23.).

(b) L. 27. §. 11. l.. 63. h. t. T. D. de fideicom. hered. pet. (5. 6.).

essere convenuto per gli obblighi della eredità. Insomma, avvenuta la restituzione di tutta la eredità, il fiduciario cessa di esser detto erede; ed in caso di restituzione parziale, il fiduciario sarà considerato come coerede del fedecommissario, originandosi così tra loro vicendevolmente i diritti e gli obblighi de' coeredi (c).

Se il fiduciario per mezzo delle cose ritenute o per sottrazione ha ricevuta la sua quarta Trebellianica, il fedecommissario entra in sua vece come successore universale, e il fiduciario in questo caso prende il posto di un legatario (d).

Se il fiduciario ha restituito più di quanto voleva il testatore, circa all'eccesso varrà come venditore dell'eredità. La restituzione fatta prima del tempo stabilito, non avrà questi effetti, ma giunto il tempo o avvenuta la condizione, se è ratificata, gli effetti se ne retrotraggono al punto dell'effettiva restituzione (e). Del resto se il fiduciario non dichiara la restituzione medesima o muore senza successori, viene riconosciuta tacitamente la restituzione dell'eredità con tutte le sue conseguenze (f).

Le sostanze sottoposte a fedecommesso possono essere oberate di legati. In questo caso:

1) Quando la restituzione è parziale, sicchè il fiduciario resta erede anche dopo, i legati sono sopportati da entrambi in proporzione delle quote: ma la quarta Trebellianica non dev'essere toccata, di guisa che se la porzione dei legati spettante all' erede supera la *quarta*, egli ha il diritto alla riduzione.

2) Quando l' erede deve restituire intera l'eredità, è diverso il caso se il testatore ha determinato o no chi deve sopportare i legati.

a) E di vero dicendo il testatore i legati essere a carico dell'erede (g), questi è gravato doppiamente, dovendo soddisfare i legatarii e restituire tutta quanta l'eredità. Per la qual cosa egli ridurrà del suo quarto nel medesimo tempo i legati e il fedecommesso universale. Se al contrario il testatore detto avesse: l' erede, *deductis legatis*, restituirà l'eredità, ha implicitamente diminuito il fedecommesso universale, giacchè sua intenzione è che il fedecommesso sia di quel che avanza pagati i legati. Posto il caso che l' asse ereditario fosse di 400, il testatore ha disposto 300 per legati ed ha soggiunto, che l' erede, *deductis legatis*, restituisse l' eredità a Sempronio: bisogna dire che l'erede deve 300 ai legatarii e cento a Sempronio fedecommissario, ma poichè egli veramente non restituisce che tre

(c) L. 27. §. 11. cit.
(d) §. 9. Inst. h. t. — L. 63. §. 3. h. t.
(e) L. 10. L. 63. §. 3. h. t.
(f) L. 7. §. 1. C. h. t. (6. 49.).
(g) L. 3. pr. h. t.

quarti ossia 300, paga 225 ai legatarii e 75 all'erede fedecommessario (h).

Lo stesso risultato si avrebbe se il testatore avesse imposto espressamente al fedecommessario l' obbligo dei legati (i).

b) Mancando l' assegnazione del testatore, si terrà come suo proposito di averne voluto gravare il fedecommessario, ed il risultato sarebbe conforme ai due casi precedenti (k).

2) Può avvenire che l' erede non sottrae la *quarta* ed allora, se i legati sono stati espressamente a lui ingiunti, la *quarta* che avrebbe dovuto sottrarre, va in vantaggio comune del fedecommessario e del legatario: se al contrario fu incaricato espressamente il fedecommessario, ovvero il testatore non ha espresso alcuna volontà, la *quarta*, che l'erede avrebbe dovuto sottrarre, va in vantaggio esclusivo de' legatarii, del fedecommessario poi sol quando il pagamento dei legati non l' abbia esaurita (l). In caso che l' erede sia stato costretto ad accettare l'eredità, per regola i legatarii non ne hanno vantaggio, ma ricevono quanto resterebbe sottratta la *quarta* (m).

3) Quando il fiduciario restituisce l' eredità, conservando determinate cose, il fedecommessario ha l'obbligo di pagare i legati da quello che gli torna: i legatarii che ricevono di meno, hanno un regresso contro il fiduciario, purchè a costui si mantenga la *quarta*.

4) Quando il fiduciario non deve restituire tutta l' eredità e rimane ancora erede per un quarto o meno, si avrà il risultato precedente che a'tre quarti tornati al fedecommessario debbono attenersi i legatarii, giacchè il quarto conservato dall' erede è per essi intangibile (n).

(h) L. 2. h. t. confr. L. 3. §. 2. L. 16. §. 8. eod.

(i) L. 43. §. 3. de cond. et demonstr. (35. 1.). — L. 34. §. 4. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 5. si cui plus (35. 3.). — L. 63. §. 2. h. t.

(k) L. 2. h. t.

(l) L. 8. C. h. t.

(m) L. 2. fin. L. 3. pr. L. 63. §. 11. h. t. L. §. 17. 21. h. t. confr. L. 9. Inst. h. t.

(n) Ved. *Wangerow*, o. c. §. 559. — *Arndts*, §. 586. — *Puchta*, pand. §. 557. Prestazioni ad h. t. in contr. — *Müklenbruch*, §. 763. not. 15. — *Faber*, err. pragm. 10.

SEZIONE III.

Delle donazioni mortis causa.

T. D. de mortis causa donationibus (39. 6.); — C. de donationibus mortis causa (8. 57.). — *Müller*, sul carattere delle donazioni mortis causa, *Giessen* 1824. — *Foster*, de mortis causa donatione, Heidelb. 1841. — *Savigny*, sist. IV. §. 170.

§. 311.

1. Concetto di questa donazione.

Sebbene la *mortis causa donatio* sia un atto di liberalità, da cui risulta, non altrimenti che per donazione tra vivi, l'immediato accrescimento di proprietà da parte del donatario, ha pure molta tinta di legato, perchè non ha perfezione che dopo la morte del donatore. Essa può dipendere così dal pericolo di vita, come dalla morte del donatore (a).

Da questa natura bifronte della donazione per causa di morte nascono i seguenti principii:

1) L'aumento del patrimonio, che le è conseguente, deve esser prodotto dallo stesso donatore, e non dedursi dall' eredità, *praesens praesenti dat*; onde:

a) Se il contenuto è una proprietà (*hoc sensu*) si presuppongono come già operate la mancipazione, la *in iure cessio* secondo il diritto antico e la tradizione generalmente richiesta dal diritto posteriore per aversi un aumento di patrimonio. Che se si trasferisce la cosa condizionatamente, cioè che la proprietà deve passare al momento della morte del donante, alla morte la proprietà sarà trasmessa, ma il fondamento starà nella tradizione già avvenuta (b).

b) Se il contenuto sarà un diritto di obbligazione, in guisa che la obbligazione è costituita dalla promessa (c), è vero che la *exatio* non ha effetto se non dopo la morte del donatore, ma l' accrescimento di patrimonio avviene di subito, dappoichè l' obbligazione fondata da una simile stipulazione non prende origine nella persona dell'erede, ma si rappresenta come qualunque debito dell' eredità (d). Da ciò si rileva che la regola che niuno può promettere per dopo la sua morte non riguarda una simile donazione *mortis causa* (e). La donazione può farsi ancora per mezzo di una

(a) L. 1. pr. L. 2-6. 31. §. 2. L. 35. §. 2-4. h. t — confr. L. 27. eod.
(b) L. 2. fin. L. 2P. h. t.
(c) L. 31. 35. §. 7. h. t.—L. 76. de iur. dot. (23.3.).—L. 4. §. 1. de doli mal. exc. (44. 4.).
(d) Confr. L. 34. h. t.
(e) Ved. Husse, Museo del Reno II. pag. 324.—in contr. *Savigny*, l. c. pag. 249.

cessione o delegazione, ovvero estinguendo un debito del donatario per mezzo di un *acceptilatio* o di un *pactum de non petendo*, ovvero col delegare sè stesso o il proprio debitore al creditore del donatario (f).

c) Contenuto della donazione può essere ancora tutto il patrimonio o una parte, sia che tutte le cose comprese in quel tutto sono trasferite al donatario, sia che la stipulazione si estenda (g).

2) La donazione fatta per causa della morte preveduta in un rischio addiviene irrevocabile per la morte del donatore (h): onde si risolve appena quel pericolo è passato (i), quando il donatario muore prima del donante (k), e quando si rivoca per pentimento. Se al contrario la donazione fu fatta considerando il tempo della morte in generale sarà rivocabile solamente per i due ultimi motivi. Per patto si possono alterare queste regole, è permesso stabilire che la donazione si possa rivocare per solo pentimento, o che non si revoca neppure quando il donatore è salvo dal pericolo (l); senonchè la morte antecedente del donatario è sempre motivo di nullità.

3) Revocata in qualunque modo la donazione, il donatore ha una *vindicatio*, quando le cose furono trasferite ed esistono, indipendentemente se le cose furono date sotto condizione sospensiva o risolutiva (m); in generale gli è concessa una *condictio* (n). Con la restituzione della cosa al donatore bisogna restituire i frutti raccolti, quantevolte non si provi che vi era una *donatio inter vivos* (o).

§. 312.

II. Dell' applicazione della teoria dei legati alla donazione per causa di morte.

Le donazioni per causa di morte, le quali nel loro carattere sono vere donazioni, sono in molti punti agguagliate ai legati.

1) Per mezzo di determinazioni speciali, come:

(f) L. 18. §. 1. L. 28. 31. §. 1. h. t.—L. 15. pr. ad leg. Falc. (35. 2.).

(g) Fragm. Vat. §. 263.—L. 42. h. t.

(h) L. 27. 32. h. t.

(i) L. 19. 24. 35. §. 3. L, 39. h. t.—§. 1. Inst. de donat. (2. 7.).

(k) L. 13. §. 1. L. 35. §. 4. L. 44. h. t.—§. 1. Inst. cit.

(l) L. 16. 30. h. t.—§. 1. Inst. cit. *Paul.* recept. sent. III. 7. §. 2.

(m) L. 13. §. 1. L. 35. §. 4. h. t.—Nov. 87.

(n) L. 29. h. t.

(o) L. 13. pr. 19. fin. L. 23. 30. 35. §. 3. h. t. — L. 12. de cond. causa data (12. 4.). — L. 38. §. 3. de usur. (22. 1.). — L. 52. §. 1. de dom. inter. vir. et ux. (24. 1.).

(p) L. 12. de cond. caus. data (12. 4.).—L. 38. §. 3. de usur. (22. 1.).—confr. L. 14. h. t.

a) Le leggi Furia e Voconia si estendevano ancora a simili donazioni (a).

b) Un senatoconsulto accomunò le determinazioni della legge Giulia e Papia Poppea sulle capacità anche alle donazioni (b).

c) Una costituzione di Settimio Severo condusse queste donazioni *mortis causa* sotto le regole della Falcidia (c).

d) Finalmente Giustiniano introdusse nelle donazioni per causa di morte il diritto di accrescimento e la cauzione Muciana (d).

2) Per applicazione dei principii di tutte queste leggi speciali in altri casi:

a) Nell' insolvenza del donante, i suoi creditori hanno diritto d' impugnare la donazione, senza essere obbligati di provarne il dolo, come nelle donazioni *inter vivos* (e).

b) Lo stesso si dica, se per mezzo di una simile donazione fu menomata la porzione legittima del patrono (f).

c) Le medesime regole dei legati in caso di *bon. poss. contra tabulas,* imperano anche sulle donazioni per causa di morte (g).

d) Le donazioni come i legati vengono annullate a causa di pena capitale (h).

e) L' obbligo dell'usufruttuario di prestare cauzione fu *ad exemplum legatorum* esteso ancora alle *mortis causa donationes* (i).

f) Lo stesso avvenne per l' inefficacia della *conditio iurisiurandi* a simiglianza degli atti di ultima volontà (k).

g) La facoltà data al figlio di famiglia militare di testare del suo peculio *castrense* e *quasi castrense,* valse ancora a donare per causa di morte (l).

(h) Il donante può anche imporre un fedecommesso (m).

Nondimeno errerebbe chi volesse assolutamente confondere la natura giuridica di questa donazione con quella dei legati; piuttosto deve in-

(a) *Gai.* Inst. II. §. 225. 226. IV. §. 23. — *Ulp.* fragm. I. 2.

(b) L. 35. h. t. — confr. L. 9. cod.

(c) L. 2. C. h. t. — L. 5. C. ad leg. Falc. (6. 50.). — conf. L. 42. §. 1. h. t.

(d) L. 4. C. h. t. — L. un. §. 14. C. de cod. toll. (6. 51.). — Nov. 22. c. 14.

(e) L. 17. h. t.

(f) L. 1. §. 1. si quid in fraud. patr. (38. 5.).

(g) L. 3. pr. L. 3. pr. §. 7. L. 20. pr. de legat. praest. (37. 5.).

(h) L. 7. pr. h. t. L. 32. §. 7. de donat inter vir. et uxor. (24. 1.).

(i) L. 1. §. 2. usufr. quemadm. caveat. (7. 9.).

(k) L. 8. §. 3. de cond. inst. (28. 7.).

(l) L. 15. h. t.

(m) L. 11. de dote praeleg. (33. 4.). — L. 77. §. 1. de legat. (31.) — L. 1. C. h. t. L. un. §. 8. de cad. toll. (6. 51.).

tendersi che quelle leggi sieno state applicate alla donazione ad esempio dei legati. Di fatti la *mortis causa donatio* è un istituto perfettamente estraneo alla eredità ed origina una successione immediata; onde nessuna indagine di *testamenti factio activa* e *passiva*: inutile affatto di conoscere la persona dell' erede; anzi ove nei legati non succede acquisto di proprietà sulle cose legate prima che l' erede non entri nell' eredità, il donatario diventa incontanente proprietario al punto della morte del donante; dippiù con la *querela inofficiosi testamenti* si distruggono i legati, ma non simili donazioni (n), nè per queste può esercitarsi l' *interdictum quod legatorum* (o).

Circa alla forma la donazione per causa di morte non è diversa dalle altre donazioni, solamente in un punto Giustiniano sancì una differenza. Non debbono rescindersi le donazioni per causa di morte, quando sorpassino la somma di 500 solidi, ma in vece è prescritta la presenza di cinque testimoni, necessarii per la legge di Giustiniano sol quando si tratta di una donazione, il cui contenuto avanza 500 solidi (p).

CAPITOLO V.

BONA VACANTIA ET EREPTORIA.

§. 313.

I. Dei beni vacanti.

T. C. de bonis vacantibus et de incorporatione (10. 10.). — *Maier*, della successione del fisco, Ulma 1784. — *Schmidt*, de successione fisci in bona vacantia ex iure rom. Ien. 1836. — *Rummel*, la relazione del fisco coi beni vacanti, *Dorp*. 1840.

Quando taluno muore senza eredi, per massima i suoi beni che niuno può rappresentare, e per conseguenza chiamati vacanti, sono devoluti al fisco: il quale entra pure in successione quando vi sono eredi, cui fosse inibito di ereditare oltre una certa parte, poichè il fisco prende l'avanzo (a), e quando per restituzione in intero contro l' accettazione dell' eredità i beni ritornano vacanti (b) (§. 229).

(n) L. 5. §. 17. de his, quae ut ind. (34. 9.).
(o) L. 1. §. 5. quod legat. (43. 3.).
(p) L. 4. C. h. t.
(a) L. 4. 5. C. h. t. Nov. 89. cap. 12. §. 4.
(b) L. 2. de succ. edicto (38. 9.). — Ved. *Vangerow*, §. 564. — *Blume*, Mus. del Reno IV. 6.

§. 314.

II. Bona ereptoria.

T. D. de his, quae ut indignis auferuntur (34.9.).—C.de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SC. Silanianum (6. 35.).

I. Un fatto giuridico analogo alla successione segue per colui, sia il fisco od altri, cui è devoluta l'eredità o la quota ereditaria tolta altrui per indegnità, eccetto per chi in mancanza dell' indegno sarebbe stato chiamato alla successione, poichè a lui ricade una vera successione (a). Colui che riceve tutta l' eredità tolta all' indegno piglia la medesima come un erede, ovvero come un coerede se ha ricevuto una parte sola della successione, e come l' erede esercita un' azione universale simile all' *hereditatis petitio* (b).

L' *ereptio* presuppone assolutamente la delazione del diritto ereditario, rispetto al legato, l' acquisto di esso: non si prescinde affatto dall' acquisto dell' eredità da parte dell' indegno, ma non è un requisito dell' *ereptio*, e perciò se per mezzo della confusione compiuta con l' acquisto vi fu un pregiudizio per l' indegno, la confusione rimane sempre (c).

L' *eroptorium* passa all' *ereptor* così come era presso l' indegno, ossia con tutti i pesi e con i frutti (d).

II. I casi d' indegnità possono concernere tanto la eredità insieme ed i legati, quanto la sola eredità o i soli legati; ed in questi casi alcune volte i *bona ereptoria* sono devoluti al fisco, altre volte sono devoluti ad altre persone.

I casi d' indegnità che concernono i legati insieme e l' eredità, nei quali l' *ereptorium* è devoluto al fisco sono i seguenti:

a) A quell' incapace, cui durante la vita del testatore altri ha impegno di soddisfare un legato, se rimasto tuttora incapace alla morte del testatore, subentra il fisco in modo che l' erede non può neppure sottrarre la quarta Falcidia (e).

b) Colui che usa violenza al testatore, affinchè facesse o cambiasse il testamento, perde il suo diritto ereditario in favore del fisco (§. 231.).

(a) L. 16. §. 2. h. t.—L. 2. §. 47. ad SC. Tertull. (38. 17.).

(b) L. 20. §. 6. 7. de her. petit. (5. 3.).

(c) L. 8. 17. 18. §. 1. L. 25. §. 1. h. t.—L. un. §. 12. C. de cad. toll. (6. 51.).

(d) L. 3. §. 4. L. 11. 14. L. 43. de iur. fisci (49. 14.). — L. 5. §. 4. L. 12. 16. §. 2. L. 17. 18. pr. §. 1. h. t.—L. 3. §. 5. ad SC. Trebell. (36.1.).—L. 60. §. 1. de cond. et demonst. (35. 1.).

(e) L. 10. 11. 18. pr. §. 1. L. 23. h. t.—L. 17. §. 2. de usufr. (22. 1.).—L. 3. pr. §. 1-4. de iure fisci (49. 14.). — L. 59. §. 1. ad leg. Falc. (35. 2.).

c) Indegno di ereditare è ancora quell' erede che trascura di vendicare un assassinio (f).

d) È fra gl' indegni l' erede o il legatario che ha ucciso il testatore o ebbe colpa alla morte di lui (g).

e) Così colui che contro al testatore elevò una *controversia status* (h).

f) Lo stesso si dica chi abbia disposto per donazione dell' eredità del testatore contro la volontà o anche senza la saputa di costui (i).

g) Chi ha querelato il testamento come inofficioso o come falso, e persistito nella lite fino alla definitiva sentenza, se perde nel giudizio è spogliato anche di quanto in qualunque modo fosse lasciato a lui in un simile testamento; il che è devoluto al fisco. Questa pena colpisce anche coloro i quali non sono propriamente attori nella lite, ma sono presso l' attore in qualità di garanti, di testimoni ecc. (k): senonchè i minori vengono perdonati, specialmente quando la controversia fu ventilata dal tutore e curatore (l). Nè è riconosciuta questa pena per quelli che non si rendono accusatori in proprio nome, ma in nome altrui, specialmente per cagione di ufficio o professione (m): nè quando l' erede o il legatario solo in qualità di erede di altra persona continua la controversia (n).

h) Così è devoluto al fisco tutto ciò che è disposto in favore di colui che senza effetto ha chiesta la *bonorum possessio contra tabulas* (o).

i) Di due persone che vivono in un matrimonio vietato, se l'una lascia qualche cosa all' altra, ad essa è tolta e data al fisco (p).

k) Una donna che vive in commercio immorale con un uomo perde in favore del fisco tutto quello, che le vien lasciato, anche se per testamento militare (q).

l) L'eredità o il legato tolto all'indegno è devoluto a persone diverse dal fisco nei seguenti casi:

a) Colui il quale è stato ricordato nel testamento affinchè accettasse la tutela, in caso che allega motivi di scusa, perde quello che il testatore gli ha lasciato in favore di colui che l' avrebbe sin dapprima raccolto (r).

(f) L. 21. h. t. L. 5. §. 2. L. 15. ad SC. Silan. (29.5.).—L. 1. 7.9. C.h. t.confr.—L. 6.C. eod.

(g) L. 3. h. t. L. 7. §. 4. de bon. damn. (48. 20.). — L. 10 C. h. t.

(h) L. 9. §. 2. h. t.

(i) L. 2. §. ult. h. t. L. 29. §. ult.—L. 30. de donat. (39. 5.).

(k) L. 8. §. 14. L. 22. §. 2. 3. de inoff. test. (5. 2.). — L. 5. pr. §. 1. 10. 11. L. 7. 15. 22. h. t.—L. 13. §. 9. L. 29. §. 1. de iure fisc. (49. 14.).

(l) L. 5. §. 9. h. t.

(m) Confr. L. 5. §. 13. L. 22. h. t.—L. 30. §. 1 de inoff. test. (5. 2.).

(n) L. 22. §. 2. 3. de inoff. test. (5. 2.).

(o) L. 2. pr. h. t.—L. 18. §. 1. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.).

(p) L. 4. C. de inc. nupt. (5.5.).—confr.L.2. §. 1. 2. L. 13. h. t.—L. 128. de legat. (30.).

(q) L. 41. §. 1. de test. mil. (29. 1.). — L. 14. h. t.

(r) L. 28. §. 1. L. 32-36. §. 1. de excus. (27. 1.). — L. 5. §. 2. h. t. L. 23. fin. C. de le-

b) Quando qualcuno è stato favorito nel testamento per riguardo all'obbligazione affidatagli di aver cura de'funerali del testatore, egli deve perdere tutto, quando si scusa di non poter adempiere ad un tale obbligo (s).

c) Finalmente quell'erede o legatario che non adempie al modo sotto cui fu istituito, è privato della sua porzione o del legato in favore di altre persone determinante dalla legge (t).

2) I casi d' indegnità riferibili unicamente all' eredità la quale è devoluta al fisco sono:

a) La sottrazione di qualche cosa dall' eredità in pregiudizio del legatario, fa perdere all' erede il diritto sulla quarta che viene invece esercitato dal fisco. Così colui il quale lega tutto il suo patrimonio che importa 400, e l' erede ne trafuga 100, solo i 300 che ne rimangono sono governati dal diritto comune cioè l' erede ne toglie la sua quarta Falcidia ossia 75, e dà il resto al legatario; ma dei cento trafugati il legatario ne ha pure tre quarti, ed il quarto che spetterebbe all' erede, è devoluto al fisco (u).

b) Di chiunque sia stato istituito sotto la putativa qualità di figlio di famiglia, e più tardi si prova, ch' è semplicemente supposto, il fisco subentra in tutte le ragioni (w).

c) Quando il testatore cancella il nome di un erede scritto nel testamento, o quando in seguito fa un altro testamento per sè nullo, nel quale non ripete gli eredi scritti nel testamento anteriore; ovvero quando in un codicillo dichiara indegni gli eredi istituiti in un testamento; per tali mezzi non seguirà certo un' *ademtio hereditatis*, ma il fisco può impossessarsi della porzione dell' erede (v).

La porzione dell' indegno è devoluta ad altre persone:

a) Quando colui che deve provvedere di un tutore il pupillo, ne trascura per un anno la domanda (x).

Questa pena non è applicata quando il pupillo non ha beni, quando il non avere un tutore è in vantaggio del suo patrimonio, quando il pupillo è morto dopo ch' avea idoneità di testare, quando gravi ostacoli hanno impossibilitata la domanda, e finalmente quando chi ha l' obbligo di domandare il tutore è esso stesso un minore (y).

gat. (6. 37.).—confr. L. 28. §. 1. de excus. (27. 1.), in analogia di questo caso confr. L. 1. §. 3. ubi pupill. educ. (27. 2.).

(s) L. 12. §. 4. de relig. (11. 7.).

(t) Nov. 1.

(u) L. 6. h. t.

(w) L. 46. pr. de iure fisci (49. 14.).

(v) L. 3. de his, quae in test. (28. 4.). — L. 12. 16. §. 2. h. t. — L. 4. C. h. t.

(x) L. 2. §. 1. 2. qui petant. tut. (26. 6.). — L. 2. §. 23. seqq. ad SC. Tertull. (38. 17.). — L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.).

(y) L. 2 §. 26. 27. 45-46. ad SC. Tertull. (38. 17.). — L. 3. C. ad SC. Tertull. (6. 56.). — L. 8. C. qui pet. tut. (5. 31.). — L. 2. C. si advers. delict. (9. 35.).

b) Quando una donna, la quale era tutrice di suo figlio passa a seconde nozze, senza determinare un altro tutore, dare i conti, e restituire il patrimonio, ella perde il diritto all' eredità *ab intestato* o di altra successione pupillare in favore dei più prossimi eredi (z).

c) I più prossimi parenti i quali quantunque pregati di curarlo, trascurarono un demente, sono privati di succedergli in favore di chi n'ebbe cura (aa).

d) Quando l' erede non redime il testatore dalla schiavitù, e fà morirlo nello stato di schiavo, perde l' eredità come indegno, la quale è devoluta alla chiesa del luogo di nascita del defunto. Affinchè questa pena fosse inflitta, bisogna che l'erede abbia almeno 18 anni, e contezza del suo diritto ereditario (bb).

3) In fine i casi d'indegnità riferibili unicamente ai legatarii sono due:

a) Quando il legatario ha trafugate cose dall'eredità, sino al prezzo di esse gli sono tolte le azioni de' legati (cc).

b) Le disposizioni favorevoli al legatario che ha nascosto il testamento, sono annullate in vantaggio di chi era tenuto di soddisfarle (dd).

(z) L. 6. C. ad SC. Tertull. (6. 56.).
(aa) Nov. 15. c. 3. §. 12.
(bb) Nov. 115. c. 3. §. 13. c. 4. §. 7.
(cc) L. 48. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 5. C. de legat. (6. 37.).
(dd) L. 25. C. de legat. (6. 37.).

FINE DELLA PARTE TERZA.